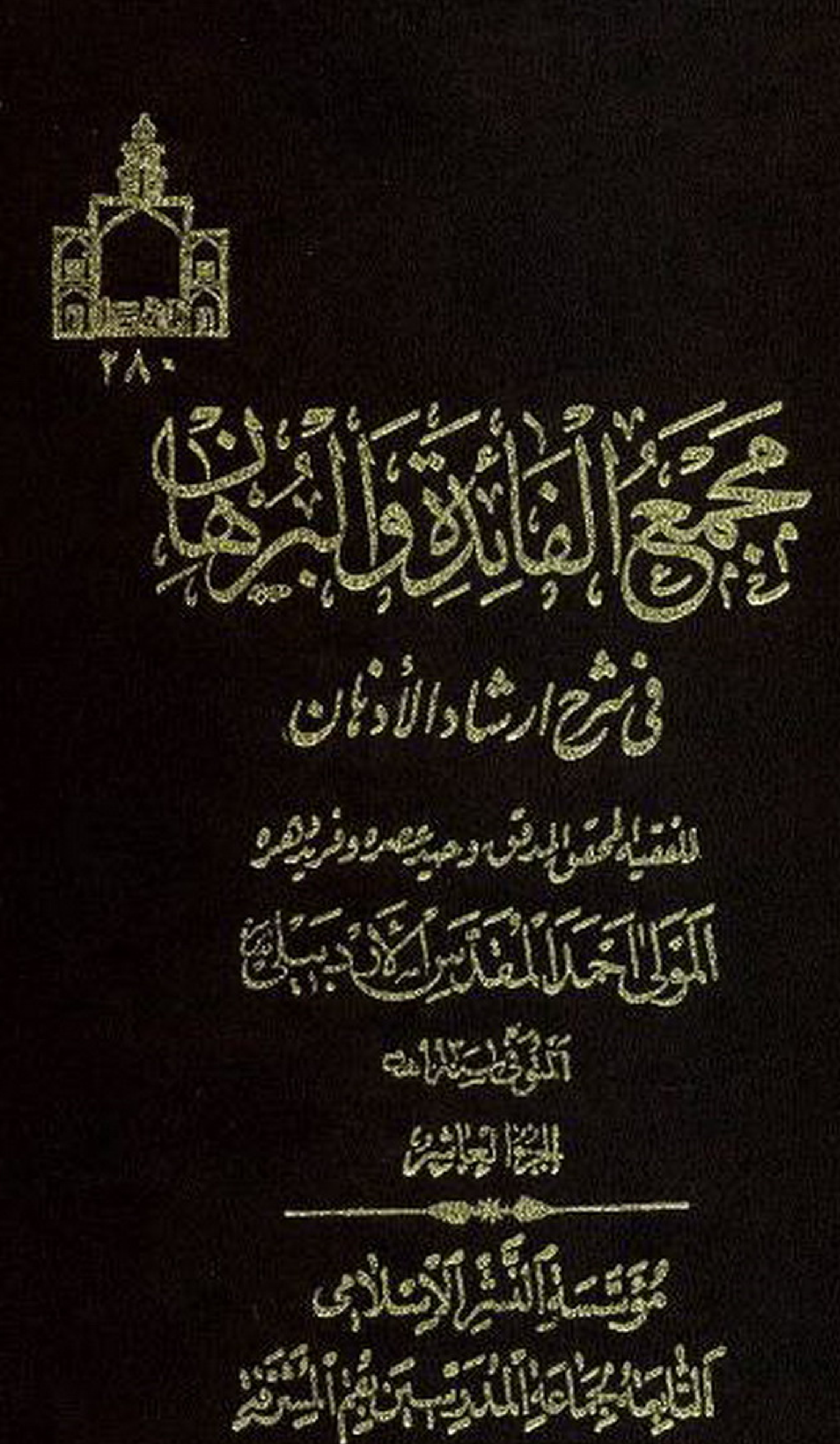
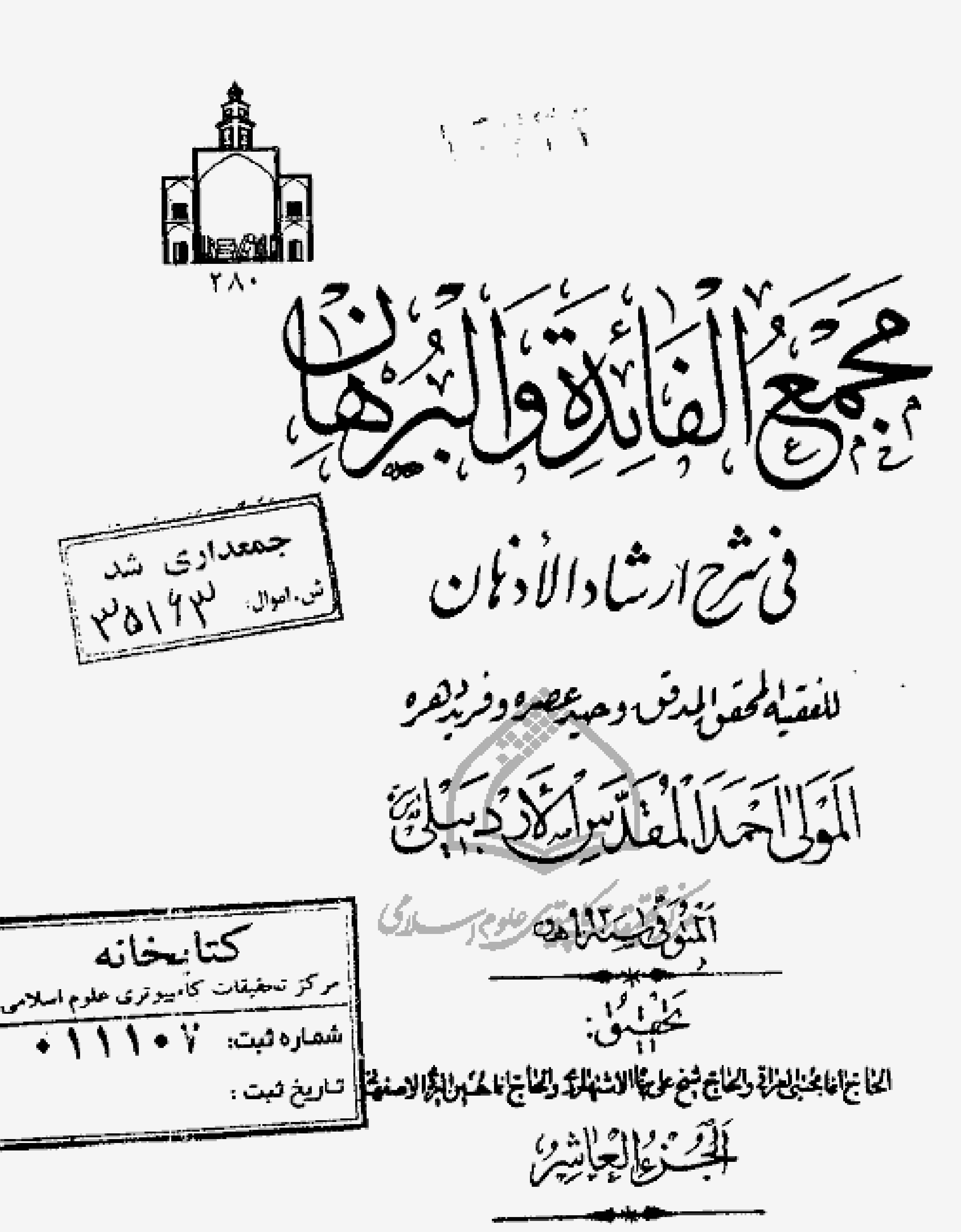

٢٨٠
مجمع الفائدة والبرهان
في شرح إرشاد الأذهان
للفقيه المحقق المدقق وحيد عصره وفريد دهره
المولى أحمد المقدس الأردبيلي
المتوفى سنة ٩٩٣ هـ
الجزء العاشر
مؤسسة النشر الإسلامي
التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة



٢٨٠

مجمع الفائدة والبرهان

في شرح ارشاد الأذهان

للفقيه المحقق المدقق وحيد عصره وفريد دهره

المولى أحمد المقدس الأردبيلي

المتوفى سنة ٩٩٣ هـ

تحقيق:

الحاج آغا مجتبى العراقي والحاج شيخ علي پناه الاشتهاردي والحاج آغا حسين اليزدي الاصفهاني

الجزء العاشر

مؤسسة النشر الإسلامي
التابعة
لجماعة المدرسين بقم المشرفة



مجمع الفائدة والبرهان

(ج ١٠)

■ المؤلف: المحقق البارع الشيخ أحمد المعروف بـ«المقدّس الأردبيلي» □

■ التحقيق: الحاج آقا مجتبى العراقي، الشيخ علي پناه الاشتهاردي، الحاج آقا حسين اليزدي □

■ الموضوع: فقه □

■ طبع ونشر: مؤسسة النشر الإسلامي □

■ المطبوع: □

■ الطبعة: □

■ التاريخ: □

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة

كتاب الاجارة




مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

«كتاب الاجارة»

وتوابعها

وفيه مقاصد: الاوّل في الاجارة، وفيه مطلبان: (الاوّل) في الشرائط.

«كتاب الاجارة»

قوله: كتاب الإجارة، وتوابعها، وفيه مقاصد: الاوّل في الإجارة وفيه مطلبان: الاوّل في الشرائط.

ترك تعريف الاجارة، لظهوره، فانّه قد يراد منها العقد المقتضى لانتقال المنفعة المعيّنة بعوض معيّن مع التراضي.

وقد يراد منها مجرد هذا الانتقال الذي هو ثمرته.

والبحث في التعريفات خارج عن الفنّ، بعد تحقّق المطلوب، خصوصاً من التعريفات اللفظية التي يفعلها (جعلها ـ خ) الفقهاء للتذكّر (للذكّر ـ خ) والتميّز في الجملة، للعارف، حتى يكون على بصيرة في الاحكام.

ومع ذلك معلوم أنّ المراد بالاجارة في قولهم: آجرتك ليس هذا المعنى الشرعى الذي اصطلح عليه الفقهاء، وعدوه من العقود.

فلا يرد ما اورده المحقق الثاني في شرح القواعد(١).

---

(١) فانه بعد تعريف الاجارة ـ بقوله: هي عقد ثمرته نقل المنافع بعوض معلوم، مع بقاء الملك على

وهي ستة:
الاول: الصيغة والايجاب (فالايجاب خ ل) آجرتك، او أكريتك والقبول (و ـ خ) هو قبلت.

ولا يندفع بالتعريف الثاني(١)، اذ مايقصد بلفظ آجرتك، تمليك المنفعة المعيّنة في المدّة المعلومة بعوض معيّن، ـ كما قاله في شرح القواعد أيضاً.

وانّ الهبة(٢) المعوضّة بالمنفعة، والوصيّة كذلك، وعقد النكاح بمهر يكون منفعة ـ دائماً كان او منقطعاً ـ خارج عن التعريف، اذ المقصود أنّ جنس العقد من حيث هو يقتضي ذلك، ويكون ثمرته، كما هو المتبادر، ولو لم يندفع به لم يندفع بعقد شرعي، موضوع لنقل المنافع الخ.

فلا يرد ما اورده في شرح القواعد(٣) على أنّه يرد الاشكال الاوّل(٤) فتأمّل.

قوله: وهي ستّة الاوّل الصيغة، فالايجاب آجرتك، او اكريتك، والقبول، وهو قبلت.

اصله ـ قال مالفظه: هذا بيان حقيقة الاجارة شرعاً، لكن يشكل على جعل الاجارة هي العقد (آجرتك) وهو الايجاب، فانّه لايراد به العقد انشاءً والا اخباراً، لأنّ القبول عن المستأجر.

(١) في بعض النسخ المخطوطة والمطبوعة (وانّ الهبة المبيّنة المعوضّة) والصواب ما أثبتناه.

(٢) فانّه قدّس سرّه بعد نقض التعريف الاوّل: بالوصيّة والهبة والصداق، قال ماهذا لفظه: ولو قال: عقد شرع (وضع ـ خ) لنقل المنافع الخ يسلم عن هذا.

(٣) قال بعد ما نقلناه منه، ماهذا لفظه: واعلم أنّه يرد على التعريف، الوصيّة بالمنفعة في مقابل عوض والهبة كذلك، وجعل المنفعة المعينة صداقاً، ولايقال: انّ العوض ـ وهو استحقاق الانتفاع بالبضع ـ غير معلوم، لأنّا نقول: هو في المتعة معلوم.

وربما دفع ذلك بقوله: (ثمرته) لانّ شيئاً من العقود المذكورة ليس ثمرته هذا. وفيه نظر، لأنّ ذلك وان لم يكن ثمرة العقد الذي هو نفس الماهيّة، فانّه ثمرة بعض انواعه، وهو العقد لامحالة، فيتحقق النقض به.

(٤) هو قوله قدّه: إذ مايقصد بلفظ آجرتك... الخ.

....

اراد بالشرائط هنا مايعم الاجزاء التي هي الاركان، والشرايط الخارجة التي لايتحقق العقد الّا بها.

اوّلها الصيغة المشتملة على الايجاب والقبول الدالين صريحاً بنقل المنفعة المعيّنة بعوض معيّن، فالايجاب مثل آجرتك، واكريتك، ومايؤدّي معناهما، والقبول مثل قبلت، ورضيت، ونحوهما.

وقال في شرح الشرايع: لمّا كانت الاجارة من العقود اللازمة وجب انحصار لفظها في الالفاظ المنقولة شرعاً، المعهودة لغة.

وقال في شرح القواعد: ويشترط فيه كلّما يشترط في مثله من العقود اللازمة، على ماسبق، مثل العربيّة، ووقوع القبول على الفور الخ.

قد ادّعى الاجماع على كونه من العقود اللازمة في شرح القواعد(١)، ويؤيده عدم وجدان الخلاف، وأنّ الاصل في العقود هو اللّزوم، لمثل اوفوا بالعقود(٢)، والمسلمون عند شروطهم(٣).

ولكن ما عرفت لزوم ماادّعى لزومه في العقود اللازمة، من العربيّة، حتى في الاعراب، والبناء، والمخرج، والمقارنة، والالفاظ الخاصة.

وكذا دعوى انحصار لفظه في المنقول شرعاً (منها ـ خ) مع عدم وجود خبر في امثال ذلك.

نعم قاله الفقهاء (رض)، حيث وجدوا مناسبة (مناسبه ـ خ) لمعناه اللغوى، واصطلحوا على ذلك، من غير ذكر نقل في ذلك من الشارع، ولو كان لنقلوا، ولو نقل لوصل، وهو ظاهر.

---

(١) حيث قال: وهو (أي عقد الاجارة) لازم من الطرفين بالاجماع.

(٢) المائدة: ١.

(٣) الوسائل: باب ٤٠ من ابواب المهور (من كتاب النكاح) الرواية ٤.

....

وبجرّد ذكرهم ذلك لا يدلّ على الحصر، ولزوم الشرايط، اذ ليس بدليل، الّا ان يكون مجمعاً عليه، وقد عرفت مافيه، ولهذا اختلفوا في مثل انعقاده في تقديم القبول، وفي انعقاد الايجاب بمثل ملكتك كذا، أو اعرتك كذا الخ.

وتردّد في الشرايع في مثل قوله: بعتك هذه الدار اذا قصد الاجارة، وان قال في شرحه: ظاهر التذكرة الاجماع على عدمه، لأنّه نسبه الى علمائنا وغير ذلك.

وبالجملة مافهمت اشتراط الصيغة الخاصة في العقود اللازمة، ايضاً، غاية مايمكن ان يقال: إنّه علم اللّزوم بها بالاجماع، ويبقى الباقي على العدم، والاصل عدم اللّزوم، وعدم نقل ملك شخص الى آخر.

ولكن الاستدلال بمثله مشكل، اذ يلزم ردّ جميع المختلفات، مثل تقديم القبول، وكون الواحد طرفي العقد، وغير ذلك من الخلافيات، في العقود وغيرها.

مع انّ المشترط مثل المحقق الثاني لايقول به.

على أنّه قد يدفع بأنّه قد ورد الاذن بالاجارة (مثلاً ـ خ) من الكتاب والسنة والاجماع.

قال في التذكرة: هذا العقد جايز بالنص والاجماع، قال الله تعالى: فَإِنْ أَرضَعْنَ لَكُمْ فَآتوهُنَّ أُجُورَهُنَّ(١)، الى قوله: وقال تعالى: يا أبتِ استأجره(٢) ونقل الآية، ونقل قصّة الخضر وموسى عليهما السّلام: فوجَدا فيها جداراً الآية(٣).

والأخبار على ذلك كثيرة من العامّة والخاصّة، كما ستسمع بعضها.

وأنّه عقد، وكلّما (فكلّما ـ خ) صدق عليه عقد الاجارة يكون متبعاً(٤).

ولا شك في صدقه بتقديم القبول، ومع اتّحاد الموجب والقابل، بل وعلى

---

(١) الطلاق: ٦.
(٢) القصص: ٢٦.
(٣) الكهف: ٧٧.
(٤) الى هنا عبارة التذكرة (كتاب الاجارة ج٢، ص٢٩٠).

ولايكفي ملّكتك ، الّا أن يقول :ملكّتك سكناها سنة مثلاً، أو أعرتك ، ولا ينعقد بلفظ البيع.

كلّ مايفيد نقل الملك ، ويدل عليه صريحاً، بأيّ لفظ كان، على ماهو مقتضى تعريفهم ايّاه، والاصل عدم اشتراط شيء آخر، مثل العربيّة والمقارنة، وفي العربيّة الاعراب والبناء، وغير ذلك ممّا شرطوا، على انّ ماشترطوه الخ،ماثبت بالدليل، وخرج.

وايضاً الظاهر أنّه لاينعقد بالمعاطاة، كما تقدم في البيع، وقد مرّ هناك ماإذا تؤمّل لكفى، فتأمّل.

قوله: ولا يكفى ملكّتك، الّا ان يقول الخ. لمّا كان التمليك مفيداً للملكية فيما يضاف إليه، فلو اضيف الى الدار مثلاً، مايفهم منه الّا تملك (تمليك -خ) العين، وليس ذلك باجارة كما عرفت، فاذا اريد(١) الاجارة بمثله لابدّ ان يضاف الى المنفعة، مثل ان يقول: ملكّتك سكنى هذه الدار سنة بهذا.

ولا يصحّ أعرتك ، سواء اضيف الى العين او الى المنفعة، بل لامعنى لاضافتها الى المنفعة، لانّ معنى العارية اعطاء عين لينتفع بها المعطى مجاناً، فمعناه (فمعناها -خ) ينافي معنى الاجارة، لأنّه يقتضى العوض.

ولا يبعد اخراجها عن ظاهرها، بما يخرجها عنه صريحاً، مثل ان يقول: اعرتك هذه البنية (الدار-خ) بكذا، غاية مايكون(٢) مجازاً ظاهراً، لقرينة ظاهرة، بل صريحة، بحيث لايحتمل غير المجاز، ولا مانع (اذلامانع -خ) منه لغة ولا عرفاً، ولا شرعاً، كما في لفظة ملكّتك .

نعم لو ثبت كون صيغة الاجارة متلقاة من الشرع، وليس هذه منها، لصحّ

---

(١) قوله قدّس سرّه: فاذا اريد الخ جواب لقوله: لمّا كان.

(٢) هكذا في جميع النسخ المخطوطة والمطبوعة، ومعناه انّ غاية الامر كونه مجازاً بحسب الظاهر.

ويشترط فيه جواز تصرف المتعاقدين، فلا تمضى اجارة المجنون

عدم الانعقاد بها، ولا يكفي مجرّد كونه عقداً لازماً. ودعوى أنّ التجوّز بمثل هذا يخرجه عن كونه لازماً كما قاله في شرح الشرايع في شرح قوله: وكذا اعرتك، لتحقّق القصد إلى المنفعة، مشيراً إلى اتّحاد وجه الصحة في الكل، وهو قصد نقل المنفعة مع صلاحيّة اللّفظ في الجملة(١).

والظاهر أنّ قوله: أو أعرتك عطف على قوله: ملكتّك الخ(٢) وليس فيه استثناء (الّا ان يقول الخ) اذ لايخرج اضافة أعرتك الى سكناها، من عدم الصحة، بل لامعنى لها.

وقد مرّ مايفهم البحث منه في عدم انعقادها بنحو البيع مثل بعتك هذه الدار او منفعتها سنة بكذا.

وأنّه فهم الاجماع من التذكرة(٣) فان كان اجماعاً، فلا كلام، ولكن فيه الكلام، والّا فالظاهر ان لامانع من الانعقاد اذا علم القصد، فانّ الظاهر أنّه يكفي مع صلاحية اللفظ في الجملة، وان كان موضوعاً ومتعارفاً في الاصل لنقل الاعيان، وهو وجه التردد في الشرايع فتأمّل.

قوله: ويشترط فيه جواز تصرف المتعاقدين (المتعاملين-خ) فلا

---

(١) قال في المسالك عند شرح هذه الجملة، مالفظه: ووجه الصحة ماأشار اليه بقوله (لتحقّق القصد الى المنفعة) والمراد انّ الاعارة لمّا كانت لا تقتضي ملك المستعير للعين -وانما تفيد تسليطه على المنفعة وملكه لاستيفائها- كان اطلاقها بمنزلة تمليك المنفعة فيصحّ اقامتها مقام الاجارة، كما يصحّ ذلك بلفظ الملك، والحقّ انّ العارية انّما تقتضي اباحة المنفعة لا تمليكها والعوض لايدخل في ماهيّتها، بخلاف التمليك فانّه يجامع العوض، ولايخفى أنّ التجوز بمثل ذلك خروج عن مقتضى العقود اللازمة.

(٢) هكذا في جميع النسخ، ولكن الظاهر زيادة كلمة (أو) كما لايخفى: وفيه اشارة الى ردّ كلام المسالك فراجع.

(٣) قال فيها: فلوقال في الايجاب بعتك منفعة هذه الدارشهراً بكذالم يصح عندنا الى اخره (ج١ ص٢٩١).

والصبي المميّز وغيره، وان اجاز الولي ولا المحجور عليه للسّفه والفلس، ولا العبد الاباذن المولى.

(الثاني) ملكيّة المنفعة إمّا بانفرادها، او بالتبعيّة للاصل، ولو شرط استيفاء المنفعة بنفسه، لم يكن له ان يوجر.

تمضى اجارة المجنون والصبي المميّز وغيره، وان اجاز الولي، ولا المحجور عليه للسفه والفلس، ولا العبد الّا باذن المولى.

وجهه ماتقدم غير مرّة، فلا يصحّ اجارة المجنون حال جنونه، وهو ظاهر، لعدم القصد، ولا الصبي الغير المميّز، فانّه بمنزلة المجنون والبهائم، وكذا المميّز، مع عدم اجازة الولي، ان ثبت كونه محجوراً عليه.

وأمّا مع الاذن فالظاهر الجواز، كما مرّ غير مرّة، ويؤيّده قبول وصيته بالمعروف وغيرها كما ورد به الرواية(١) وقد تقدمت، ولا المحجور عليه للسفه، ولا يبعد هنا ايضاً الجواز، مع تجويز الولي، ولمجرد التكلّم بالصيغة،لا تسليم المال والمنافع إليه بالاستقلال.

وكذا المفلّس بالنسبة الى الاعيان التي حجر عليها.

ولا العبد الّا باذن المولى، وان قلنا إنّه يملك، كما هو ظاهر الادلة، كما مرّ غير مرّة، ان ثبت كونه مع ذلك محجوراً عليه في ماله، كما هو ظاهر كلامهم، بالتأمّل (مع التأمّل ـ خ) فيه.

قوله: الثاني ملكية المنفعة الخ. دليل اشتراط ملكية المنفعة للمؤجر إمّا بالاصالة بان يكون مستأجرة له من غير اشتراط استيفاء المنفعة بنفسه بحيث يفهم عدم الاجارة لغيره، فلو شرط الاستيفاء (استيفاء ـ خ) المنفعة بنفسه، او عدم الاجارة لغيره لايجوز، للشرط، وامّا بالتبعيّة بان يكون مالكاً للاصل، فيتبعه

---

(١) راجع الوسائل: باب ٤٤ من ابواب كتاب الوصية، ج١٣، ص٤٢٨.

ولو آجر غير الملك وقف على الاجازة.

(الثالث) العلم بها إمّا بتقدير العمل، كخياطة الثوب، او بالمدّة كالخياطة يوماً.

ولو جمعهما بطل.

المنفعة ظاهر.

والظاهر أنّ المراد بالملكيّة تصرّفه وسلطنته على المنفعة بوجه شرعي، بحيث له التصرف بمثل الاجارة وغيرها، وان لم يكن ملكاً، مثل ان يكون وقفاً مع القول بعدم تملك الموقوف عليهم.

قوله: ولو آجر غير المالك وقف على الاجازة. معلوم توقف صحة هذا على جريان الفضولي في الاجارة.

وفيه تأمل، اذ لادليل عليه الّا رواية عروة(١) وهي في البيع والشراء.

قوله: العلم بها إمّا بتقدير العمل كخياطة الثوب الخ. أي الشرط الثالث كون المنفعة التي يقع عليها العقد معلومة بين المتعاقدين (المتعاملين-خ) بحيث ينتفي (ينفي-خ) الغرر، كما شرط في البيع ونحوه.

ولعلّ دليله ذلك، ولا يبعد الاجماع، وذلك إمّا بتقدير العمل المطلوب والمنفعة المطلوبة، كخياطة الثوب المعلوم بخياطة معلومة، وحمل الدابة الى موضع معيّن مع تعيين الحمل، او بالمدّة المعلومة، بحيث لايزيد ولاينقص، كالخياطة يوماً او ليلة او شهراً.

قوله: ولو جمعهما بطل. أي لو جمع بين تعيين العمل والمدّة -بحيث يكون العمل يتمّ بتمام المدّة، مثل ان يخيط هذا الثوب في هذا اليوم، بمعنى أنّه لايزيد احدهما على الآخر- بطل، لأنّه غرر، ولأنّ استيفاء العمل في تلك المدة قد لايتفق،

---

(١) راجع عوالي اللئالي: ج٣، ص٢٠٥ تحت رقم ٣٦ وما علق عليه.

وليس للاجير الخاص العمل للغير الّا بالاذن، ويجوز للمشترك .

بل اتّفاقه نادر، فكأنّه استأجره بما لايقدر عادة، فتأمل.

الّا ان يكون الغرض فعله في تلك المدّة، وان ذكر الانطباق للمبالغة، فلا يبعد الصحّة، كما نقل عن المختلف لعدم المانع، ووجود المقتضي.

قوله: وليس للاجير الخاص العمل للغير الخ. هو الذي يتعيّن عمله بالزّمان الشّخصي الذي يجب صرفه مضَيّقاً في العمل الذي استأجر عليه، لأنّه اذا وقعت الاجارة على عمله في مدّة معيّنة صارت منفعته المطلوبة في تلك المدّة للمستأجر، فلا يجوز له صرف عمله الذي استأجر عليه وصرف زمانه المستاجر فيه في فعل ينافي العمل الذي استأجر عليه لامطلقا، فيجوز للخيّاط التعليم والتعلّم مع الخياطة، وكذا العقد ونحوه ممّا لاينافيه بوجه، وهو ظاهر.

وليس هو كالتكلم مع عبدالغيربغير اذنه بالاذن الفحوى(١)، كما قاله الشهيد الثاني.

ولا يجوز لغيره ايضاً استعماله فيما ينافيه، وهو ظاهر.

ويمكن فهمه من بعض الاخبار مثل مافي صحيحة اسحق بن عمار قال: سألت اباإبراهيم عليه السّلام، عن الرجل يستأجر الرجل، بأجر معلوم فيبعثه في ضيعة فيعطيه رجل آخر دراهم ويقول اشتر بهذا كذا وكذا، وما ربحت بيني وبينك؟ فقال: اذا اذن له الذي استأجره فليس به بأس(٢).

فانّها تدل بمفهومها على البأس بدون الاذن، فيمكن حمله على التحريم، مع كونه اجيراً خاصّاً فتأمّل.

---

(١) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب، باذن الفحوى.

(٢) الوسائل: باب ٩ من ابواب كتاب الاجارة الرواية١.

فان عين مبدأ المدّة صحّ، وإن تأخّر عن العقد.

بخلاف الأجير المشترك ، والمراد به الذي استوجر على ان يعمل عملاً معلوماً في زمان معين كلّي كيوم، إمّا مع تعيين المباشر او مطلقا، فانّه يجوز له العمل لغيره ايضاً، لأنّه يجب عليه ان يعمل ذلك العمل بنفسه او بغيره ايّ زمان اراد، فلا ينافيه عمل آخر لغيره، ومامللك المستأجر عمله ومنفعته، بل له عليه ذلك العمل مطلقا.

الّا بان تكون هناك قرينة دلت على كونه في زمان خاص، كما قيل في الحج فيصير أجيراً خاصّاً، او قلنا بوجوب العمل حين الفراغ من العقد بلافصل مطلقا، مع عدم تعيين الزمان او مع القرينة، فيمكن عدم جواز عمل غيره هنا ايضاً، لأنّ الأمر مستلزم للنهي ، ولكن لم تكن منفعته ملكاً للمستأجر في غير القرينة وعدم تعيين الزمان والمباشر، فانّهما يرجعان الى الخاص، فلا تبطل الثانية، الّا ان تكون للعبادة، ان قيل بعدم الصحّة للاجارة الثانية لمن اشتغل ذمّته بها، والفرق -بين الأجير الخاصّ والمشترك ، وبين الملك وعدمه، وبين العبادات وغيرها -ظاهر.

والظاهر أنّ ماوقع للأجير الخاص من الاجارة بغير اذن المستأجر يكون باطلاً، الّا ان يقال بالفضولي وأنّه مثله واجاز فصحّت مع الشرايط، فلو عمل بغير اذنه يكون اجرة مثله له.

ثم اعلم بأنّ الاجير الخاص لايجوز له العمل لغيره، كأنّه ممّا لاخلاف فيه.

وجهه أنّه يجب العمل للمستأجر فلا يجوز صرفه لغيره ومرجعه أنّ الامر بالشيء يستلزم النهي عن ضدّه.

وانت تعلم أنّه الضدّ الخاصّ، فلا ينبغي منع ذلك من القائل به.

قوله: فان عيّن مبدأ المدّة صحّ الخ. يعنى اذا استأجر على عمل في مدّة معيّنة فان عيّن مبدأها صحّ، ولزم الابتداء من المعيّن، وإن تأخّر المبدأ عن وقت

والا اقتضى الاتّصال.

الفراغ من العقد، ولم يكن العمل الى تلك المدّة جايزاً للأجير، بان يكون مشغولاً ذمّته لغيره.

وكذا لو كانت العين مشغولة بان تكون مستأجرة.

ولعلّ دليله عموم ادلة جواز الاجارة وعدم المانع، اذ ليس الّا التأخير ولم يثبت كونه مانعاً، لاعقلاً ولانقلاً، والاصل عدمه، خصوصاً اذا لم يكن العمل جايزاً للاجير بعده.

نعم قد يتخيّل لزوم الابتداء من حين الفراغ من العقد بناءً على العرف، ولهذا ينصرف الاطلاق إليه، ولهذا اشترط في الوكيل (التوكيل ـ خ) جواز العمل للموكل حين الوكالة.

ولكن عموم الادلة والاصل يدل على عدم الاشتراط، ولولا نقل الاجماع ـ وعدم القول بعدمه ـ لكان القول هناك ايضاً متعيناً.

وانصراف الاطلاق لاينافي التأخير مع التعيين.

قوله: والّا اقتضى الاتصال. أي وان لم يعيّن مبدأ المدّة اقتضى العقد كون ابتدائها متصلاً بالعقد، فيكون أوّلها من اخر العقد، لأنّه مقتضى العرف بحيث صار وضعاً (عرفيّاً ـ خ) فكأنه قال: آجرتك شهراً يكون اوّله من حين الفراغ من العقد، فلا يحتاج الى التقييد حتّى لو لم يفعل لبطل، كما هو مذهب البعض، كما يفهم من الشرايع ومختار شارحه (وشرحه ـ خ) وان كان احوط، خروجاً عن الخلاف.

ولا يبعد البطلان على تقدير الاطلاق وعدم العرف للجهالة.

ويحتمل الصحة والاختيار الى العامل مالم يؤد الى التأخير المخلّ عرفاً، مثل ان يستأجر للعمل من دون تعيين زمان.

والاصل وعموم الادلة دليله.

وتملك المنفعة بالعقد، كما تملك الاجرة به.

وكذا لا يبعد البطلان مع الاطلاق واقتضائه الا تّصال او القيد اذا كانت المنفعة بعد العقد مستحقّة للغير، لأنّه كالاجارة المستأجرة.

ويحتمل في الاطلاق كون الابتداء بعد خروج (تلك ـ خ) المدّة، خصوصاً مع جهل المؤجر، فينصرف كون اوّلها الى المدّة التي يجوز اجارته، عملاًبمقتضى عموم ادلّة صحة الاجارة، واصل عدم اشتراط كون اوّلها من حين العقد، وخرج ما اذا لم تكن المدة مستحقة باقتضاء العرف مع الامكان، وبقي الباقي، فتأمل.

قوله: وتملك المنفعة بالعقد كما تملك الاجرة به. أي اذا تمّ العقد تصير المنفعة مملوكة للمستأجر، كما كانت مملوكة من قبل للمؤجر، يفعل بها مايريد في المدة المعلومة، فيجب تسليمها بتسليم العين الى مالكها مع الطلب، ولايجوز منعه عنها كساير الملاك عن املاكهم، كما تملك الاجرة بذلك، فيجب تسليمها كالعين المستأجرة، لعين ماتقدّم.

ويمكن جواز منع كل واحد عمّا في يد صاحبه الذي انتقل اليه، حتى يتسلّم حقّه، كما قيل في البيع والشراء.

هذا في غير العمل مثل الخياطة، فانّه يجب عليه العمل، ولا يجب تسليم الاجرة الّا بعد كمال العمل.

وقيل بعد تسليم الثوب الى مالكه مطلقا، وهومختار الشهيد الثاني رحمه الله وقيل ان لم يكن في ملكه فانّه تحت يده(١).

---

(١) توضيح هذه العبارة يتوقف على نقل عبارة الشرايع وشرحه ففي الشرايع ويستحق الأجير الأجرة بنفس العمل سواء كان في ملكه او ملك المستأجر ومنهم من فرق انتهى. وقال الشهيد الثاني (في المسالك في شرحه): ومانقله من الفرق قول ثالث، فانّه ان كان في ملك المستأجر لم يتوقّف على تسليمه لأنّه بيده تبعاً للملك، ولأنّه غير مسلم للاجير في الحقيقة وانّما استعان به في شغله كما يستعين بالوكيل، وان كان في ملك الأجير توقف، وهو وسط وجه أوجه من اطلاق المصنف انتهى.

واذا سلّم العين ومضى (مضت خ) مـدّة يمكنه الاستيفاء، لزمه الاجرة، وان لم ينتفع، وكذا لو مضت مدة يمكنه فيها قلع الضرس.

والظاهر الوجوب مع الطلب واكمال العمل، لأنه ملك الاجرة بالعقد.
كأنّه لاخلاف فيه ولا مانع سوى اكمال العمل للطلب والاستحقاق، وقد حصل.

فالدليل والاصل يقتضي عدم مانع آخر وشرطيّة التسليم حتى قيل انه لايجوز تسليم الاجرة للوصي الى الاجير في العبادات، الّا مع اذن الموصى صريحاً او فحوى، الّا ان يكون العمل موقوفاً عليه كالحج، فلو امتنع يمكن فسخه للأجير بل انفساخه، وان كان هو ايضاً مالكاً للاجرة، وتظهر الفائدة في النماء ان كانت عيناً.

والفرق بين العمل ومنفعة الاعيان كالدار، هو أنّ العمل مقدور للعامل، فيعمل، ثم يأخذ حقه، بخلاف المنفعة فانها انما تستوفى باستعمال المستأجر مع مضي الزمان، وليس على الموجب الّا تسليم العين وقد فعل وليس عليه استعماله ومضيّ (امضاء ـ خ) الزمان، وهو ظاهر، فافهم، فكأنه لاخلاف فيه.

قوله: واذا سلّم العين ومضت مدّة يمكنه الاستيفاء، لزمت الاجرة، وان لم ينتفع، وكذا لو مضت مدة يمكنه فيها قلع الضرس. وجه لزوم الاجرة بعد تسليم العين المستأجرة للانتفاع ـ مع عدم مايمنع ذلك من جانب الموجز ومضيّ مدة يمكن الاستيفاء وان لم يستوف ولم ينتفع بها ـ ظاهر، بل اللّزوم بمجرد العقد ورفع اليد، كما مرّ.

وكذا لزوم اجرة الآلة لو استأجرها لقلع الضرس، او استأجر عبداً لذلك، ومضت مدّة يمكن القلع، مع بقاء الموجب.

ولكن لو تأخر مدّة يسيرة، ويريد القلع بعدها، فايجاب اجرة اخرى لذلك محلّ اشكال.

ولو زال الألم عقيب العقد بطلت، ولو تلفت العين قبل التسليم، أو عقيبه بطلت، ولو كان بعد مدّة بطل في الباقي.

ولو استأجر للزراعة، مالا ينحَسر عنه الماء لم يجز، لعدم الانتفاع، ولو كان على التدريج لم يجز، لجهالة وقت الانتفاع.

وليس ببعيد اذا مضت مدة يكون لها الاجرة في مثل تلك المدة.

هذا بخلاف ما اذا كان الأجير حرّاً، فانّه لايلزم الاجرة حتى يعمل، لما تقرّر عندهم أنّ منافع الحرّ لا تضمن الّا بالاستيفاء، بخلاف غيره، والاصل دليل (دليله ـ خ) مع عدم ظهور الخلاف، فتأمل، نعم لابد من ذلك اذا ندم عن القلع بعدها.

قوله: ولو زال الألم عقيب العقد بطلت الخ. أي لو زال ألم الضرس بعد العقد، لكن قبل مضي زمان يمكن القلع فيه عادة لم يلزم اجرة الآلة، ولا العبد، لأنّ الاجرة موقوفة على الفعل، أو على مضيّ زمان يمكن الفعل، وصحة العقد في ذلك الزمان، وهنا ليس كذلك، فلو عرض البطلان على العقد، بطلت الاجرة ببطلانه، فلا يلزم شيء، وهو ظاهر، كما لو بطل العقد بتلف العين المستأجرة بعد العقد، وقبل مدة يمكن استيفاء منفعة ما عادة ولو كان بعد مدة يمكن الاستيفاء في الجملة بطل العقد في الباقي، ويلزم اجرة مامضى من الزمان (بالنسبة ـ خ).

قوله: ولو استأجر للزراعة مالا ينحسر عنه الماء الخ. أي لو استأجر ارضاً للزراعة، ولا يمكن زراعتها لعدم حسر الماء، أي لعدم قطع الماء عن تلك الارض بحيث يمكن زرعها المستأجر له، لم تجز تلك الاجارة، لعدم الانتفاع المطلوب، فكأنّه استأجر مالا نفع له، ومن جملة شرط العين المستأجرة أن تكون ممّا ينتفع بها، وهو (فهو ـ خ) غرر، بل اعظم، بل سفه، وتضييع للمال.

ولو كانت ممّا ينقطع عنها الماء لكن بالتدريج شيئاً فشيئاً لم يجز ايضاً،

ويشترط تعيين المحمول بالمشاهدة، أو بالكيل، أو بالوزن (الوزن ـ خ) والراكب، والمحمل، وقدر الزّاد، وليس له البدل مع الفناء (الغنى ـ خ) الآ بالشرط، ومشاهدة الدابّة المركوبة وصفتها (أو وصفها ـ خ).

ويلزم الموجر آلات الركوب، كالقتّب والحزام ورفع المحمل وشدّه واعانة الراكب للرّكوب، والنزول في المهمّات المتكررة، ومشاهدة

للجهالة الموجبة للغرر ايضاً، اذ لم يعلم اي مقدار ينقطع عنها الماء، ويصلح للزراعة ولو علم، واستأجر ذلك المقدار لصحّ مع الشرط (الشرايط ـ خ) بغير نزاع.

قوله: ويشترط تعيين المحمول بالمشاهدة او الكيل او الوزن الخ. دليل وجوب العلم بالمحمول ـ اما بمشاهدته او كيله او وزنه ـ ظاهر، وكذا الراكب والمحمل الذي يجلس فيه الراكب، الآ ان يكون متعارفاً معلوماً لا تفاوت فيه، فينصرف اليه، وكذا تعيين قدر الزاد الذي يحمل.

ومعلوم ان ليس له حمل بدل ما اكل وفنى من الزاد الآ مع الشرط، لأنّ العادة في الزاد ذلك.

هذا في استيجار الدابة للحمل وكذا تعيين السير، الآ ان يكون معلوماً، عرفاً وكذا تعيين منتهى السفر، وكذا تعيين الدابة الحاملة والمركوبة بالمشاهدة او الوصف الرافع للجهالة، الآ ان يكون المستأجر في الذمّة بمعنى أنه استأجر لحمل هذا مثلاً على شيء الى الموضع الفلاني، فلا يحتاج الى وصف ومشاهدة، نعم يجب عليه الى محل الشرط على وجه لايضرّ به اصلاً فيضمن(١).

قوله: ويلزم الموجر آلات الركوب كالقتب والحزام الخ. أي يلزم على

---

(١) يعني يجب الحمل على المستأجر الى محلّ الشرط على وجه لايضرّ بالمحمول والآ فيضمن.

الدّولاب، والارض المطلوب حرثها.

وتعيين وقت السير، مع عدم العادة.

ومشاهدة العقار او وصفه بما يرفع الجهالة.

وتعيين ارض البئر، وقدر نزولها، وسعتها.

فلو انهارت لم يلزم الأجير ازالته.

ولو حفر البعض رجع بالنسبة من اجرة المثل.

مؤجر الدابّة الات الركوب كالقتب أي رحل الجمل، والحزام أي مايشدّ على الحمل، او تحته لضبط الرّحل ورفع الحمل وشدّه على الدابة واعانة الراكب للركوب والنزّول في المهمّات. ولو تكررت، مثل الطهارة والصلوة وغير ذلك ممّا يقتضيه العرف، الّا ان يكون عرفاً يقتضي عدم ذلك، فيتبع، ومشاهدة الدّولاب المستأجرة وبئرها ومحلّ دوران الدابة وغيرهما، ممّا لابدّ ويتغير بها الاغراض.

وكـذا مشاهدة الأرض المطلوب حرثها، والظاهر أنّ العلم بها يكفي، ولو بالمشاهدة.

وتعيين وقت السّير مع عدم العادة كما في الحاج، ينبغي تقديم هذا في المتن فانّه من تتمة استيجار الدابة.

ويشترط مشاهدة العقار المستأجرة او وصفه بما يرفع الجهالة.

وتعيين ارض البئر التي استوجر لحفرها فيها، فانها تتفاوت بالصلابة والليانة، وقدر نزول البئر وسعتها.

وجه الكل عدم الغرر على ماقالوه، فتأمل.

ولو حفر بعضها (بعضاً خ ل) ثم انهدم لم يجب على الاجير ازالة ماانهدم بل عليه الحفر المقرر منه (معه خ ل) وازالة ترابه الخارج لاغير، وهو ظاهر.

قوله: ولو حفر البعض رجع بالنسبة من اجرة المثل. أي لو حفر

ومشاهدة الصبي المرتضع، لااذن الزوج، الّا مع منع حقه، ولايجب تقسيط المسمى على أجزاء المدّة.

ويجوز استيجار الأرض لتعمل مسجداً.

بعض البئر ثم تعذّر حفر الكل بانهدام ونحوه او أبطل صاحبه ورضي الاجير، فتفاسخا او عجز الاجير، فالظاهر انّه يرجع في الكل الى الاجرة بالنسبة الى مافعل أي يأخذ من المسمّى مانسبته اليه كنسبة اجرة المثل المحفور الى اجرة المثل، وهو ظاهر، وقد مرّ مثله.

قوله: ومشاهدة الصبي المرتضع الخ. لابدّ لعقد الرضاع من مشاهدة الصّبي المرتضع.

الظاهر أنّه يكفي هنا الوصف ايضاً، وكذا المرضعة.

ولا يشترط اذن الزوج في انعقاد عقد الرضاع لزوجته الا مع منع حقوق الزوجية مثل المضاجعة، او يحصل ماتنفر (يتنفر-خ) منه الطبع من كثرة الارضاع، اذا كان مستلزماً لذلك خارجاً عن العادة.

قوله: ولا يجب تقسيط المسمّى على أجزاء المدة. أي لايجب ان يقسّط أجزاء الاجرة المعلومة على أجزاء المدّة في العقد، بان يقال نصفه لنصفها وعشره لعشرها.

وتظهر الفائدة بأنّه ان تعذر العمل وبطل بوجه، فان قسط فلو كان الفائت نصفاً يكون الساقط من الاجرة نصفاً، وان كان بحسب النفع أدون او اكثر، بخلاف عدم التقسيط فيمكن بالنسبة، كما تقدم، فتأمل.

قوله: ويجوز استيجار الارض لتعمل مسجداً. لامانع منه وعموم ادلة المسجد -والاجارة مع عدم ظهور مانع- يقتضيه فالمراد (والمراد-خ) بالملكية في المسجد ونحوه هو ملكية المنفعة، ولكن في بعض قيود المحقق الشيخ علي، أنه لا تثبت حرمة المسجد.

والدراهم والدنانير.

ولو زاد المحمول، فان كان المعتبر المؤجر فلاضمان، وعليه الرد، وان كان المستأجر ضمن الاجرة، ونصف الدابة، ويحتمل الجميع، وكذا الاجنبي.

كأنه يريد أنّه يصير مثل المسجد الذي يفعله الانسان في داره مع بقائه على الملكيّة، فيحصل ثواب المسجد دون احكامه، من عدم لبث الجنب، وادخال النجاسة، وكونه وقفاً.

وهو محتمل، ولكن الظاهر هو الاوّل من كلامه، ولم نجد مانعاً الّا عدم كون الاصل وقفاً، ومانعرف اشتراطه، وان كان ظاهر العبارات ذلك، فتأمل.

قوله: والدراهم والدنانير. أي يجوز استيجارهما، لاشك في ذلك لو حصل منهما نفع محلّل مقصود للعقلاء شرعاً.

قوله: ولو زاد المحمول الخ. لو قرّر المحمول بمقدار معين، فحمل على حامله، فحصل عليه ضرر من الحمل، فان لم يكن الحمل زائداً فلاضمان ولا إثم على صاحب الحمل، وان كان خارجاً عن طاقته فالاثم على صاحبه والقادر على منعه العالم به.

وان كان زائداً، فان كان المعتبر (له ـ خ) المؤجر الذي هو صاحب الحمل فلا ضمان ايضاً، وعليه ردّ الزائد الى صاحبه، بل في مكان (مكانه ـ خ) الذي حمله عنه ان اراد مالكه.

وان كان المعتبر هو المستأجر وصاحب الحمل، ضمن اجرة الزائد ونصف الدابة، ان تلفت، ونصف ارش النقص والعيب ان حصل، ويحتمل ضمان الجميع.

وجه الاوّل أنّه حصل بالزائد والاصل، فيكون، مناصفة.

ولو قال: آجرتك كلّ شهر بكذا بطل على رأي، وصحّ في شهر على رأي.

ووجه الثاني أنّه حصل بحسب التعدى، لاحتمال أنّه لو لم يكن زائداً لم يحصل.

ولكن اصل عدم الضمان، وبراءة الذمّة، وعدم الغرامة، ينفي هذا، الّا فيما تحقق، وليس بمحقق اسناده الى الزائد، لاحتمال تأثير الاصل، بل الظاهر ذلك.

ويحتمل ثالثاً، وهو بالنسبة، فتأمل، والاحتياط هو الوسط وان كان الأخير هو مقتضى ظاهر الدليل.

ويحتمل رابعاً ان يقسط على الزائد على ماعلم أنّه لو كان الحمل ذلك فقط لم يحصل بها الضرر، ثم بالنسبة، فتأمل.

وكذا الحكم لو كان المعتبر هو الأجنبي.

هذا ان (اذا-خ) كان بغير اذنهما ظاهر، والظاهر أنه كذلك مع الآذن، واحتمال العدم فيكون على الآذن، وان كان الإذن منهما فككونهما معتبرين معا حاضرين في الاعتبار، فيحتمل كونه كحضور (صاحب-خ) الدابّة وكصاحب الحمل، والاصل يقتضي الاوّل، والاحتياط والعدل يقتضي الثاني، ويحتمل تقسيط الضمان بالزيادة عليهما، فتأمل.

قوله: ولو قال آجرتك كلّ شهر بكذا الخ. من غير تعيين مجموع المدة، بل قال مثلاً كلّما تجلست في البيت فأجرة كل شهر كذا.

قيل يبطل للجهالة بجميع الاجرة والمدة من حين العقد، ومعرفتها شرط، ويلزم عليه اجرة مثل ماسكن.

وقيل صحّ في شهر وله في الزائد اجرة المثل ان سكن، وهو مختار الشرايع والشيخين، فانّه معلوم وقوع العقد عليه بثمن معلوم، وانّما الجهالة في الزيادة مدّة وثمنا، فلا يمنع ذلك من صحته في شهر.

ولو قال: إن خطّه فارسياً فدرهم، وروميّاً فدرهمان، او ان عملته اليوم فدرهم وغداً درهمان، صحّ، على اشكال.

واشتراط العلم المذكور في جميع المدّة والاجرة يقوي الاوّل، ويضعف الثاني.

ولكن دليله غير ظاهر، والاصل وعموم ادلة الاجارة، وعدم المانع، وصحيحة ابي حمزة الآتية(١) ـ تدل على الصحة في الشهر الاوّل بل في الكل، ـ فتأمل.

وهنا احتمال ثالث، وهو الصحة في كل ماجلس، واشتراط العلم بحيث يمنع من هذا غير معلوم، ولا غرر ولاضرر، اذ كلّما جلس شهراً يعطي ذلك، ونصفه في نصفه، وعلى هذا.

قوله: ولو قال ان خطه فارسياً الخ. فسّر الرّومي بالدرزَيْن والفارسيّ بالواحد، وهذه المسألة كسابقتها في دليل البطلان وغيره.

ويزيد (يؤيّد ـ خ) احتمال كونها جعالة لا اجارة باطلة، مستلزمة للضمان واجرة المثل، فانّ الاصل ينفي ذلك، وأنّ التصرّف انّما كان بالاذن، وان بطلت الاجارة وقد رضي بالتصرف بالمقدار المقرّر، فلا يلزم الضمان، ولا اكثر ممّا رضي، ولا اقلّ، فتأمّل.

ونقل عن ابن ادريس أنّه يصحّ جعالة، وقال المحقق الثاني: يعني اذا قصدا اكونه جعالة، وهو حسن، وما أعرف لقصد الجعل دخلاً مع الاحتمال، فتأمّل، واحتط علماً وعملاً.

وممّا يدلّ على الصحة في المسألتين الآية الشريفة في اجارة موسى(٢) على

---

(١) الوسائل: الباب ٨ من ابواب كتاب الاجارة الرواية ١.

(٢) القصص: ٢٦.

(الرابع) العلم بالاجرة امّا بالكيل او بالوزن، وتكفي المشاهدة فيهما، على اشكال، وفي غيرهما.

الظاهر، ومافسّرت به(١)، فتأمّل، وبعض الاخبار(٢).

وصحيحة أبي حمزة (كانه الثمالي الثقة) عن أبي جعفر عليه الصلوة والسّلام قال سألته عن الرجل يكتري الدابة فيقول اكتريتها منك الى مكان كذا وكذا فان جاوزته فلك كذا وكذا زيادة ويسمّي ذلك قال: لابأس به كلّه(٣) الدلالة واضحة، فافهم.

وقريب منها رواية منصور بن يونس(٤) وكلاهما في اجارة التهذيب، ومنصور واقفي عند الشيخ، وثقة عند النجاشي.

قوله: الرابع العلم بالاجرة الخ. لاشكّ في اشتراط العلم بالأجرة في الجملة، أمّا كيلها ووزنها ففيه خلاف.

والمصنّف استشكل هنا في كفاية المشاهدة عنهما على اشكال، وعدم الاشتراط مستحسن الشرايع ومنقول عن المبسوط والاشتراط عن ابن ادريس، وأنّه مفهوم النهاية.

والاصل ـ وعموم ادلة الاجارة وعدم دليل صالح للاشتراط ـ دليل الاوّل، اذ ليس الّا الغرر المنفي في البيع، على مانقل عنه صلى الله عليه وآله(٥) فلو صحّ

---

(١) راجع تفسير مجمع البيان، ج٢ ص٢٥٠، وج٦، ص٢٥٣ وتفسير علي بن إبراهيم، ص٤٨٧ وتفسير نورالثقلين، ج٤، ص١٢٣

(٢) راجع الوسائل باب ٦٦ حديث ٢ من ابواب مايكتسب به ج ١٢ ص١٧٦.

(٣) الوسائل: الباب ٨ من ابواب أحكام الاجارة الرواية ١، ج١٣، ص٢٤٩.

(٤) الوسائل: الباب ١٣ من ابواب احكام الاجارة الرواية٢.

(٥) مسند احمد بن حنبل، ج١، ص١١٦ عن علي عليه السّلام وص٣٠٢ منه وراجع ج٢ ص٢٤٨ من عوالي اللئالي ولاحظ ذيله المنقول عن عيون اخبار الرضا عليه السّلام.

ومع الاطلاق او اشتراط التعجيل، فهي معجّلة.

كان دليلاً في البيع فقط.

الّا ان يعلم أنّ السبب هو الغرر فقط، من حيث هو وأنّه الموجب للفساد، وأنّه موجود فيما نحن فيه فكان دليلاً على الثاني (على الاشتراط ـ خ) أيضاً.

ولكن أنّى اثبات ذلك كلّه، فانّ المراد بالغرر المنفي غير واضح، وكذا عليّته فقط، ووجوده فيما نحن فيه. اذ يعلم انتفائه في مشاهدة غير المكيل والموزون بالاتفاق.

فالظاهر أنّه يكفي العلم بالمشاهدة في المكيل والموزون والمعدود والمذروع بالطريق الأولى.

ويؤيده بطلان القياس، وكون الاجارة غير بيع عندنا، وقال في الشرح، قلت: الحديث ورد في البيع، والاجارة محمولة عليه عند بعض العامة، لأنّها بيع، وأمّا عندنا فلا يأتي الّا من طريق اتّحاد المسألتين الى آخره.

وقد عرفت عدم امكان اثبات الاتّحاد بحيث لايكون قياساً باطلاً.

وضمير (فيهما) و (غيرهما) راجع الى المكيل والموزون المفهوم من الكيل والوزن.

قوله: ومع الاطلاق او اشتراط التعجيل فهي معجلّة. الظاهر عدم الخلاف في أنّ الاجرة معجلة غير مؤجلّة مع اطلاقها، ومع قيد التأجيل، كعدم الخلاف في التأجيل مع شرطه صرح في التذكرة(١) بعدم الخلاف في القيدين (المقيدين ـ خ) وأنّ في المطلق يملكها المؤجر بنفس العقد، ويستحق استيفاءها، اذا سلّم العين الى المستأجر عند علمائنا(٢).

---

(١) قال في التذكرة: الاجرة ان شرط تعجيلها في العقد كانت معجلة، وان شرط تأجيلها الى آخر المدة او نجوماً معيّنة كانت على الشرط لقوله عليه السّلام المسلمون عند شروطهم ولانعلم في ذلك خلافاً، وان اطلق كانت معجّلة وملكها الموجر بنفس العقد الى آخره.

(٢) الى هنا عبارة التذكرة.

....

والتعجيل يفيد التأكيد ويمكن التسلّط على الفسخ على تقدير التخلّف، كما هو مقتضى الشرط المذكور في العقود اللازمة، على ماتقدم في البيع، واختاره الشهيد الثاني.

وقد مرّ البحث في أنّه هل يتوقف على تسليم مافي يده ممّا يعمل فيه مثل الثوب، او على اتمام العمل فقط، وذلك لاينافي التعجيل المراد هنا، فانّ المراد التعجيل (بالتعجل ـ خ) الذي هو مقتضى العقد وبعد ذلك من دون تأجيل بأجل.

ولعله لاخلاف في التعجيل حينئذٍ كمامرّ، وسنده اقتضاء العرف ذلك، وترك التأجيل، فانّه لو كان مؤجلاً لذكر الاجل كما هو العادة، وأنّه لو كان مؤجّلاً لزم الاجمال، ولأنّه كثمن المبيع وعوض ساير العقود، فيجب التسليم مع الطلب بلا تأخير عرفي.

ويدل عليه الروايات ايضاً مثل حسنة هشام بن الحكم (لإبراهيم) عن أبي عبدالله عليه السّلام في الحمال والاجير قال: لايجفّ عرقه حتى تعطيه اجرته(١).

ورواية اخرى عن شعيب (سعيد ـ يب) قال: تكارينا لابى عبدالله عليه الصلوة والسّلام قوماً يعملون في بستان له وكان اجلهم الى العصر قال فلمّا فرغوا قال لمعتّب: أعطهم أجورهم قبل ان يجفّ عرقهم(٢).

ولا يضر أنّ في الطريق حنّان وشعيب مشتركين.

وأمّا تعجيل المنفعة في زمانها مع التعيين ومع الاطلاق، فلا شك في التعجيل اذا كان مثل منفعة دار او عقار متصلاً بما بعد العقد، لما تقدم من اقتضاء

---

(١) الوسائل: الباب ٤ من ابواب احكام الاجارة الرواية ١، وفيه كما في التهذيب وفي بعض النسخ المخطوطة الجمّال بدل الحمال.

(٢) الوسائل: الباب ٤ من ابواب احكام الاجارة الرواية ٢.

....

العرف ذلك، والّا يلزم البطلان، الّا مع القرينة، فهي كالقيد، ويحتمل الصحة ايضاً كما مر.

وبالجملة في جميع ما هومقيّد بزمان، يجب في اوّل ذلك الزمان، وقد عرفت أنّ أوّله بعد العقد بلا فصل مع الاطلاق.

وامّا اذا كان منفعة دابّة لحمل مثلاً فمع الاطلاق وعدم القرينة فهو كذلك، مع تعيين الزمان، وأمّا مع عدمه فيمكن ان يجب التسليم مع الطلب، كما تقدم.

وأمّا اذا كان عملاً مثل بناء وخياطة وصوم وصلاة، فيمكن ذلك ايضاً، مع عدم التعيين وأمّا معه فالظاهر الوجوب في اوّله كما تقدم.

ونقل في شرح الشرايع أنّ الشهيد قال في بعض تحقيقاته: أنّ الاطلاق يقتضي التعجيل في كلّ الاجارات اذا كانت متعلقة بشخص معين، محتجاً بأن الاطلاق ينصرف الى التعجيل، كما في الحجّ، حتّى قال إنّه يصير كالأجير الخاص منهياً عن عملٍ غيره، ويفسد ذلك العمل، وان اوقع عقداً آخر فكذلك يبطل.

ومنع ذلك في شرح الشرايع باصل عدم الفوريّة، وأنّ الأمر المتوجه اليه بعد العقد لايقتضي الفوريّة، كما هومذهب المحققين في الاصول.

وعلى تقديره لايلزم النهي، الّا ان يكون(كان ـ خ) الأمرمستلزماً للنهي عن الضدّ الخاص، وانّما يستلزم الضدّ العام والأمر الكلّي، لا الافراد الخاصّة.

وعلى تقديره النّهي في غير العبادات لايدل على الفساد(١).

قلت: ان ثبت هناك عرف او قرينة فلا كلام، والّا فينبغي نفيه باصل برائة الذمّة، كما قاله في شرح الشرايع بل ذلك جار في منفعة الدار ونحوها، وعمل

---

(١) في بعض النسخ المخطوطة: لايستلزم الفساد.

....

الدابة ايضاً.

ولكن العرف يقتضي في المنفعة اتصال المدّة وفي الدابة يمكن حوالته الى العادة، فلا يجب التعجيل، ولا يجوز التأخير بحيث يعدّ مهملاً ومضيّعاً.

وعلى تقدير الاشتغال والشروع فالظاهر أنّه يكفي كونه بحيث يعدّ شارعاً في الجملة، فلا يجب السعي التام والتعجيل، وان كان احوط،بل كاد ان يكون واجباً في الجملة خصوصاً العبادات، فانّ حصول براءة ذمة الميت والأجير امر ضروريّ وقد يعرض الموت، ويشكل الأمر بانتقال الأمر الى وصيّه، أو وصي الميت الاوّل، و بطلان الإجارة، وتحقيق الامر مشكل، الله الموفق(١).

ولهذا يوجب بعض المبادرة على الوصّي ولا شك في الوجوب اذا كان مايوصى به فوريّاً، مثل الزكوة والحج، او دلّت قرينة على ارادة الاستعجال، بل القرينة موجودة دائماً، فانّ مقصود الموصى فعل مايوصى به مستعجلاً لينتفع به، وان لا يهمل مثل مااهمله، والّا يتسلسل(٢).

الّا أنّ التأخير في الجملة بحيث يقضى العرف بعدم نفيه لابأس به، وحينئذٍ فالظاهر وجوب التعجيل على الوصّي والعامل، فتأمّل.

ثم اعلم أنّ الشهيد الثاني في شرح الشرايع اختار عدم وجوب اقتضاء الاطلاق التعجيل في تسليم المنفعة بل ابطل العقد مع الاطلاق وعدم القيد والقرينة، محتجاً بانّ الاطلاق لايقتضي معيّناً، فيشترط ذكر المدّة، ومع اقتضاء الامر الفوريّة (الفور-خ) كما تقدّم، ثمّ اوجب تعجيل الثمن في اوّل وقت التسليم وهو تمام العمل و(مع-خ) تسليم العين محتجاً بأنّه يجب تسليم العوض عند تسليم

(١) في هامش بعض النسخ الخطية هكذا: ظاهرع ل وزعدم الكلام في بطلان الاجارة اذا شرط ان يعمل الأجير بنفسه وظاهر أنّ العبادات كذلك وان لم يصرّحوا بالشرط، فتأمل.

(٢) في بعض النسخ المخطوطة: ولايتسلسل.

....

المعوض كما هو مقتضى المعاوضة.

وفيه تأمل لما عرفت من اقتضاء العرف الاتّصال بأوّل العقد، ويؤيّده الاصل والشهرة والآية(١) والاخبار(٢) فانّ الظاهر من عدم ذكر الابتداء فيها (فيهما ـ خ) الصحة والاتصال، فانّ (وانّ ـ خ) الظاهر أنّه يجب تسليم الاجرة باتمام العمل للملكيّة وعموم الرواية(٣) وقد مرّ، ويؤيّده الوجوب في المنافع بمحض العقد مع الطلب، فتأمل.

ثمّ إنّ في قوله: لايقتضي النهي عن ضدّه الخاص، ماقدعرفته مراراً من أنّه يقتضيه.

وأنّ تسليمه في الامر الكلّي الذي هو الضدّ العام عنده، كما فسّره، مستلزم للضدّ الخاص، وهو ظاهر.

وكذا في قوله: لايدل على الفساد في غير العبادات، لانّ النهي متوجه على عدم صلاحية الوقت لعقد آخر، فانه ينصرف الى زمان معين عنده، وهو المتّصل بالعقد، كالحج، وقد سلّمه، فلا معنى للمنع بعده.

نعم يمكن المنع اوّلا كما فعله فتأمل، وهو كما في الاجير الخاصّ عنده، وقد سلّمه الّا ان يفرّق، فتأمّل فيه.

ولا شك أنّ ماذكره الشهيد رحمه الله أحوط بل أنّه المتبادر في امثال هذه العقود، خصوصاً للعبادة (للعبادات ـ خ) الفوريّة، الّا مع القرينة، وان لم يكن الأمر

---

(١) لعلها اشارة الى قوله تعالى: فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهنّ (الطلاق ـ ٦) او الى قوله تعالى: فمّا استمتعتم به منهن فآتوهنّ أجورهنّ الآية (النساء ـ ٢٤) فان التفريع بالفاء ظاهر في الاتصال، الى غير ذلك من الآيات.

(٢) راجع الوسائل الباب ٤ من ابواب كتاب الاجارة وغير ذلك، ج١٣ ص٢٤٦.

(٣) الوسائل الباب ٤ من ابواب كتاب الاجارة الرواية٢ وغيرها من روايات الباب.

والا بحسب الشرط إمّا في نجم او أزيد بشرط العلم.

ولو وجد بها عيباً تخيّر بين الفسخ والعوض، اذا (ان خ) كانت مطلقة، وبين الفسخ والارش ان كانت معيّنة.

مطلقا للفور، فتأمل.

ولا شك في عدم التعجيل لو اجل، او دلّت القرينة على ذلك (فتأمّل ـ خ).

قوله: والاّ فبحسب الشرط الخ. ان لم يكن مطلقاً ولا معجّلاً يكون مؤجلاً بحسب ماشرط من الأجل، فان شرط أجلاً واحداً للكلّ يلزم ذلك، وان تعدّد الاجل يلزم بعد كل أجل معين ماعين له من الثمن.

قوله: ولو وجد بها عيباً تخيّر الخ. وجه التخيير ـ بين الفسخ والعوض ان كانت الاجرة المطلقة معينة ـ أنّ المطلق يتعين بتعيين المالك، وقبض المستحق كالزكاة، فحينئذٍ له الفسخ لكون المعينة معيبة، وله الابدال بالصحيح الذي هو مقتضى العقد.

وهو غير واضح فانّه مطلق غير معين ولا يلزم التعيين بتعيين المالك (بماذكر ـ خ) مع كونه معيباً، وهو ظاهر، ومقتضى الاصل، والاستصحاب، والاّ كان ينبغي له الارش او الفسخ لا البدل.

فالظاهر أنّ في الاطلاق له العوض فقط، فان تعذر ولو بفوت بعض المنافع المطلوب عرفاً بالتأخير يكون له الفسخ.

واذا كانت معيّنة له الفسخ او الارش.

كأنّ دليله ظاهر ممّا تقدم في المبيع المعيب، ويمكن اختصاص المبيع المعيب بالحكم، لدليله، ويكون هنا الفسخ فقط، بل ويمكن الانفساخ ايضاً، لعدم وقوع الرضا به، فيكون العقد كالعدم، فتأمل.

ويجوز ان يؤجر ما استأجره، او بعضه بأكثر من مال الاجارة.

قوله: ويجوز ان يوجر ما استأجره الخ. الظاهر عدم الخلاف في جواز استيجار الدار التي استأجرت مثلاً، على تقدير عدم اشتراط استيفاء المنفعة بحيث يمنع ذلك (تلك خ ل) الاجارة، وعدم قرينة معيّنة لذلك، بل وقعت الاجارة بحيث صارت المنفعة ملكاً للمستأجر كالمؤجر، فيفعل بها مايريده، قال في التذكرة لو استأجر داراً او دابة او غيرهما من الاعيان التي يصحّ استيجارها، جاز له ان يؤجرها من غيره عند علمائنا اجمع الخ.

ولكن قيل: ولكن لايسلّم الى المستأجر الثاني الّا باذن المالك للعين، حتى لايكون ضامناً لها، وماعرفت دليله، فتأمل.

والظاهر عدم الاشتراط، وعدم الضمان بدونه، للاصل، وللاذن بالاستيجار فرضاً، فيجوز له أن يؤجرها باقلّ ممّا استأجر وبالمساوي، من غير نزاع وخلاف.

والاصل والقاعدة وادلة جوازها، يقتضي جوازها بأكثر من الاجرة، وان كان بجنسها ايضاً، وان لم يحدث حدثاً من عمارة وشبهها.

قال في التذكرة: وهو يجوز عند اكثر علمائنا، وحمل الرواية المانعة(١) على الكراهة قال في التذكرة قال الشيخ رحمه الله (تذنيب) لايجوز ان يؤجر المسكن ولا الخان ولا الاجير باكثر ممّا استأجره، الّا ان يؤجر بغير جنس الاجرة، او يحدث مايقابل التفاوت، وكذا لو سكن بعض الملك لم يجز أن يؤجر الباقي بزيادة عن الاجرة والجنس واحد، ويجوز باكثر لرواية الحلبي عن الصادق عليه الصلوة والسّلام.

(كأنّها حسنة لابرهيم) قال: لو أنّ رجلاً استأجر داراً بعشرة دراهم وسكن ثلثيها وآجر ثلثها بعشرة دراهم لم يكن به بأس ولايؤاجرها باكثر ممّا استأجرها

(١) راجع الوسائل الباب ٢١ و ٢٢ من ابواب كتاب الاجارة، ج١٣، ص٢٦١...، ص٢٦٤.

....

به الآن يحدث فيها شيئاً(١).

ورواية أبي بصير (في الكافي) قال: قال ابوعبدالله عليه السّلام انّي لاكره أن أستأجر رحى وحدها ثم أواجرها باكثر ممّا استأجرتها به الّا ان يحدث فيها حدثاً (حدث ـ خ) او يغرم فيها غرامة(٢).

ولا يخفى أنّهما لايدلان على تمام المطلوب، بل الأولى تدل على عدم استيجار الدار بأكثر ممّا استأجر، الّا ان يحدث شيئاً، بل بعد سكون بيت منها، فلا يدلّ على غيرها، وعلى كون الحدث يقابل التفاوت، بل سيجيء أنّ أدنى شيء، يكفي.

ولا على اختصاص المنع بالجنس الّا ان يؤخذ من الأكثر، فتأمّل.

مع أنها ليست بصحيحة، لوجود إبراهيم(٣)، مع اشتراك حمّاد والحلبي، وان كان الظاهر أنّهما الثقتان، فتأمل.

والثانية غير صحيحة لوجود عثمان بن عيسى، عن زرعة عن سماعة(٤) ولا صريحة، بل ليست دالة على مطلوب الشيخ، الذي ذكر سابقاً، ولفظة (أكره) مؤيّدة للحمل على الكراهة، فهو غير بعيد.

وأمّا الذي يدل على التقبيل باقلّ ممّا قبله مع عمل، فهو روايات كثيرة،

---

(١) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب كتاب الاجارة، هكذا في الوسائل كما في الكافي ايضاً: ولكن في التذكرة وبعض النسخ الخطية، والمطبوعة، هكذا: وسكن بيتاً منها وآجر بيتاً منها بعشرة دراهم الى آخره.

وفي التهذيب: وآجر بيتاً منها بعشرة دراهم لم يكن به بأس الى آخره فراجع.

(٢) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب احكام الاجارة الرواية٥.

(٣) سندها ـ كما في الكافي ـ هكذا: علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن عمير، عن حمّاد، عن الحلبي (باب الرّجل يستأجر: الرواية٤).

(٤) وسندها ـ في الكافي في الباب المذكور ـ هكذا: عدّة من اصحابنا، عن أحمد بن محمّد، عن عثمان بن عيسى، عن سماعة، عن أبي بصير، ولا يخفى أنّه ليس فيها: زرعة عن سماعة.

....

مثل صحيحة ابي حمزة عن الباقر عليه الصلوة والسّلام قال: سألته عن الرجل يتقبل العمل فيقطعه ويعطيه من يخيطه ويستفضل؟ قال: لابأس قد عمل فيه(١).

هكذا في شرح المتن والمختلف(٢) ايضاً واظنه غلطاً، فأنّ صحيحة أبي حمزة على مارأيتها في التهذيب، هكذا: عن أبي جعفر عليه السّلام، قال: سألته عن الرجل يتقبل العمل فلا يعمل فيه ويدفعه الى آخر يربح فيه قال: لا(٣).

وفي التذكرة لابأس به وجعلها دليلاً على الجواز(٤)، ونقل هذا المتن بعينه، بسند صحيح، عن محمّد بن مسلم، عن احدهما عليهما السّلام الّا انه زاد بعد قوله: لا، الّا ان يكون قد عمل فيه شيئاً(٥).

نعم ذلك مذكور بعينه، الّا بزيادة لفظ الخياط في صحيحة محمّد بن مسلم عن احدهما عليهما السّلام قال: سألته عن الرّجل الخيّاط يتقبل العمل، ويقطعه ويعطيه من يخيطه، ويستفضل؟ قال: لابأس قد عمل فيه(٦).

وهذا هو دليل الشيخ، ولكن دلالتها بالمفهوم.

وقريب منه رواية اسحق بن عمار الآتية(٧) مع عدم الصحة بغياث بن كلوب البترى(٨) وغيرها.

---

(١) راجع الوسائل: الباب ٢٣ من ابواب احكام الاجارة الرواية٤.

(٢) راجع المختلف كتاب الاجارة، ج٢، ص٤.

(٣) راجع الوسائل الباب ٢٣ من ابواب احكام الاجارة الرواية٤.

(٤) انتهى كلام العلامة قدّس سرّه في التذكرة (ج٢ ص٢٩١).

(٥) راجع الوسائل، الباب ٢٣ من ابواب احكام الاجارة الرواية١.

(٦) الوسائل الباب ٢٣ من ابواب احكام الاجارة الرواية٥.

(٧) الوسائل الباب ٢٣ من ابواب احكام الاجارة الرواية٢.

(٨) وسندها ـ كما في التهذيب ـ هكذا: محمّد بن الحسن الصفّار، عن الحسن بن موسى الخشّاب، عن غياث بن كلوب، عن اسحق بن عمّار.

....

مثل رواية حكم الخيّاط قال: قلت لابي عبدالله عليه السّلام اتقبل الثوب بدرهم واسلّمه باقل (بأكثر ـ كا) من ذلك لاأزيد على أن اشقه؟ قال: لابأس بذلك، ثم قال: لابأس فيما تقبّلت من عمل ثم استفضلت(١).

ودلالتها ظاهرة، ولكن حكم مشترك كأنّه ابن ايمن لأنّه قال النجاشي حكم بن ايمن الخيّاط وهو مذكور في الفهرست ايضاً من غير توثيق، وغير مذكور في الخلاصة ورجال ابن داود.

الّا انّ في التهذيب: الخياط، فلعل اراد في المختلف بقوله: في الصحيح عن حكم، كونه صحيحاً اليه، فتأمل.

ورواية عليّ الصائغ قال: قلت لابي عبدالله عليه السّلام: اتقبل العمل، ثم اقبله من غلمان يعملون معي بالثلثين؟ فقال: لايصلح ذلك، الّا ان تعالج معهم فيه (قال ثل) قلت: فانّي اذيبه لهم؟ قال: فقال: ذلك عمل فلابأس(٢).

دلالتها لابأس بها، الّا أنّ علّي الصائغ كأنّه علي بن ميمون الصائغ، كما يفهم من حديث بعده في التهذيب، ومن الرّجال، وقال ابن داود النجاشي الغضائري، حديثه يعرف وينكر.

وفي الطريق ايضاً ابن مسكان(٣) وان كان الظاهر أنّه عبدالله، لنقل علي بن نعمان عنه.

وفي خبر مجمع، قال: قلت لابي عبدالله عليه الصلوة والسّلام اتقبل الثياب أخيطها، ثمّ أعطيها الغلمان بالثلثين؟ فقال: أليس تعمل فيها؟ فقلت: اقطعها

---

(١) الوسائل الباب ٢٣ من ابواب احكام الاجارة الرواية٢.

(٢) الوسائل الباب ٢٣ من ابواب الاجارة الرواية٧.

(٣) وسندها ـ كما في التهذيب ـ هكذا: الحسين بن سعيد عن علي بن النعمان عن ابن مسكان، عن علي الصائغ.

....

واشترى لها الخيوط، قال لأباس(١).

وهذه الاخبار صريحة في أنّه يكفي أدنى العمل، ومايصدق عليه لاالّذي نقل عن الشيخ في التذكرة من احداث مايقل(٢) التفاوت في اجارة المسكن.

وحسنة أبي المعزاء عن الصادق عليه السّلام في الرّجل: يستأجر (يواجر-ئل) الارض ثم يؤاجرها باكثر ممّا استأجرها، فقال: لابأس انّ هذا ليس كالحانوت و(لا-خ) الاجير، انّ فضل الحانوت والاجير حرام(٣).

في دلالتها على تمام مطلوب الشيخ تأمل، بل يدلّ على الجواز في الجملة.

والظاهر عدم البأس مطلقا، الّا في الحانوت والاجير من غير عمل مطلقا، لما مرّ، والجمع بين الادلة، وعدم دليل صالح للمنع مطلقا، والتصرف في جميع تلك الادلة، وجواز تصرف المالك في ماله بما يريد، والاخبار(٤).

ثمّ اعلم أن الشارح قال: واعلم أنّ روايات اصحابنا دالّة على المنع في البيت والخان والاجير، لاعلى المنع في غيرها، فينبغي الاقتصار على مورد المنع، وهو ظاهر مذهب نجم الدين في الشرايع حيث عدّ الثلاثة خاصّة.

وانت قد عرفت أنّ المنع في الحانوت والرّحى ايضاً موجود بل في غيرهما ايضاً.

مثل موثقة اسحق بن عمار (لغياث بن كلوب البتري الثقة على ماقيل) عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام أن اباه كان يقول: **لابأس بأن يستأجر الرّجل الدار**

---

(١) الوسائل: الباب ٢٣ من ابواب أحكام الاجارة الرواية ٦.

(٢) عبارة التذكرة هكذا: تذنيب، قال الشيخ رحمه الله: لايجوز ان يوجر المسكن ولا الخان ولا الأجير بأكثر مما استأجره الّا أن يؤجر بغير جنس الأجرة، او يحدث مايقابل التفاوت انتهى.

(٣) الوسائل الباب ٢٠ من ابواب احكام الاجارة الرواية ٤.

(٤) راجع الوسائل الباب ٢٠ و ٢١ من ابواب احكام الاجارة.

....

او الارض او السفينة، ثم يؤاجرها بأكثرممّا استأجرها به اذا اصلح فيها شيئاً(١).

وغيرها ايضاً الّا أنها غير صحيحة ولا صريحة في المنع.

لكن الظاهر انّ الشيخ قد يستدلّ بمثلها، ويجمع كما فعل (قيل-خ)، فتأمل، وان كانت بعض الروايات ظاهرة في اختصاص المنع بالأجير والحانوت، كحسنة ابي المعزاء المتقدمة(٢).

وانّ المنع(٣) ليس في البيت، بل في الدار.

وقال في الشرايع: (المسكن)، كالشيخ(٤)، ويمكن ان يكون المراد، الدار.

وايضاً أنه قال في الشرايع مثل مانقل سابقاً عن الشيخ، من أنّ المنع بالأكثر في الجنس، والروايات خالية عنه.

وقد عرفت ايضاً أنّ مفاد الروايات ما يصدق العمل والحدث، لاما يقابل التفاوت كما قاله الشيخ على مانقل عنه سابقاً، الّا ان يكون المراد مايقابله في الجملة، لابالمساواة، فتأمل.

وايضاً قال: واعلم أنّ هذه المسألة مفروضة في الاجارة المطلقة أمّا اذا عيّن العامل فلا بحث في المنع والضمان، لو سلّم العين، ولا ضمان في المطلقة بالتسليم لصحيحة علي بن جعفر عليه السّلام الآتية(٥)، وابن ادريس(٦) اوجب الضمان وابن الجنيد نفى الضمان لمن سلّم الى امين.

---

(١) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب احكام الاجارة الرواية٢، وقد تقدم ذكر سندها آنفاً.

(٢) تقدم نقلها قبيل ذلك.

(٣) عطف على قوله انّ الشيخ الخ.

(٤) يعنى عبّر في الشرايع بـ(المسكن) كالشيخ.

(٥) الوسائل الباب ١٦ من ابواب احكام الاجارة الرواية ١.

(٦) زاد في هامش بعض النسخ المخطوطة - بعد قوله لصحيحة علي بن جعفر الآتية- ماهذا لفظه: في عدم ضمان الدابّة المستأجرة بالتسليم الى الغير، وصورة النزاع أولى، وابن ادريس الخ.

....

وقد عرفت أنّه يجوز التسليم بغير اذن المالك لثبوت الملكية المقتضية له مع عدم المنع، والاصل، والاذن المسقط غالباً، كما هو المفروض.

فايجاب ابن ادريس بعيد، كقول الشيخ على مايفهم من بعض حواشيه مع تجويزه التسليم، وهو الظاهر من الشرح ايضاً، وقول ابن الجنيد أقرب منه حيث استحسنه العقل، وفي بعض الروايات في بحث اجارة التهذيب اشارة ما اليه.

مثل صحيحة محمّد بن الحسن الصفار قال كتبت الى الفقيه عليه السّلام: في رجل دفع ثوباً الى القصّار ليقصّره فيدفعه (فدفعه ـ خ) القصّار الى غيره (إلى قصّار غيره ـ ئل) ليقصّره، فضاع الثوب هل يجب على القصّار ان يردّه اذا دفعه الى غيره، وان كان القصار مأموناً؟ فوقع عليه السّلام: هو ضامن له، الّا ان يكون ثقة مأموناً انشاءالله(١).

ولكن ظاهرها أنّها في الأجير المعيّن، ولا كلام في ضمانه مطلقا على مامرّ فيمكن حملها على استحباب عدم تضمينه ان كان اميناً ثقة، للجمع بين الادلة، وان امكن الجمع بحمل المطلق على المقيد، وهو واجب ومقدّم، الّا أنّ الاوّل أولى، ان كان المراد الاجير الخاص، والّا فالثاني، فتأمل.

وصحيحة علي بن جعفر عليهما السّلام (هي المذكورة في اجارة التهذيب والكافي ايضاً) عن اخيه أبي الحسن عليه السّلام قال: سألته عن رجل استأجر دابة فاعطاها غيره فنفقت، فما (ما ـ ئل) عليه؟ قال: ان كان الشرط (شرط ـ ئل) ان لايركبها غيره، فهو ضامن لها، وان لم يسمّ فليس عليه شيء(٢).

---

(١) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب احكام الاجارة الرواية١٨.

(٢) الوسائل الباب ١٦ من ابواب احكام الاجارة الرواية١.

....

قال في الشرح: يدل على المطلوب بالطريق الاولى.

كأنّ الاولويّة لأنّه اذا لم يثبت الضمان بالتلف في يد غير مالك المنفعة مع تسليمه ايّاه بغير الاذن فعدم الضمان مع تلفه في يد مالكها اولى، والفرض أنه استاجره الثاني، فيملك المنفعة، وهو ظاهر.

واليه اشار في المختلف واختار عدم الضمان لما تقدم.

ويدلّ على جواز الدفع وعدم الضمان ايضاً ما سيجيء في صحيحة محمّد بن الحسن الصفار الى الفقيه عليه السّلام في شرح قوله: ولو تلف الخ(١).

ولا يخفى أنّ صحيحة علّي بن جعفر عليه السّلام تدل على جواز الاستيجار وتسليم المستأجرة الى الغير بغير اذنه، وعدم الضمان، مالم يصرح بالمنع، فاذا اكترى دابة للركوب يجوز له ان يركب غيره بالاجارة، وعدمها، كما مرّ، الّا ان تدلّ قرينة على أنّ المراد المنع، مثل ان يكون معلوماً أنّ المراد ركوب المستأجر بنفسه، لصلاحه (لعلمه خ) وتقواه او كونه أخف فيمكن حمل الأخف او مثله، ان علم، والّا فلا، فتأمل.

واعلم ايضاً، أنّ عبارات الكتب مضطربة هنا، فانّ رواية ابي حمزة الموجودة في التهذيب عن أبي جعفر عليه السّلام(٢) نقلت في التذكرة دليلاً على الجواز حيث كان فيه: (لا بأس) به مع أنّه ليس في التهذيب الّا (لا) ونقلت بعينها في الكافي عن محمّد بن مسلم عن احدهما عليهما السّلام وزاد بعد (لا): (الّا ان يكون قد عمل فيه شيئاً) ونقلت رواية محمّد بن مسلم عن احدهما عليهما السّلام(٣) الموجودة في التهذيب على مامرّ بعينها عن ابي حمزة عن الباقر عليه السّلام في شرح

(١) في المتن عند قوله قدّس سرّه المطلب الثاني في الاحكام.

(٢) الوسائل الباب ٢٣ من ابواب احكام الاجارة الرواية٤.

(٣) الوسائل الباب ٢٣ من ابواب احكام الاجارة الرواية١.

....

المتن والمختلف.

وقال في شرح القواعد حسنة الحلبي عن الصادق عليه السّلام وقد سئل عن اجارة المستأجر العين باكثر ممّا استأجرها قال: لايصلح ذلك الّا ان يحدث فيه شيئاً(١) ومثله عن أبي بصير وزاد (او يعزم فيها غرامة)(٢).

الحسنة ليست كذلك، بل هي، الحلبي عن ابي عبدالله عليه السّلام، في الرّجل يستأجر الدّار ثم يؤاجرها باكثر الخ(٣).

وليس مثلهارواية أبي بصير، قال: قال أبو عبدالله عليه السّلام: اني لأكره ان استأجر رحى وحدها، ثم أواجرها بأكثر ممّا استأجرتها به، الّا ان يحدث فيه حدثاً، او يغرم فيها غرامة(٤).

وهذا دليل قوى على عدم الخروج عن الاصل والضابطة مهما امكن، فهو مؤيد للحمل على الكراهة، كما اختاره العلامة قدّس الله سرّه، ولولاهذا لكان القول بالتحريم ـمع عدم الاحداث والعمل- اولى.

وايضاً ما رأيت خبراً دالاً على جواز الاجارة بأكثر من غير احداث والتقبيل بالاقل من غير عمل صريحاً، الّا رواية أبي حمزة على الوجه المنقول في التذكرة، وليست كذلك في الاصول. كما مرّ فقول شرح القواعد: الروايتان محمولتان على الكراهة جمعاً بين الاخبار(٥) محل التأمل، ولو قال: بين الادلة، لكان

---

(١) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب احكام الاجارة الرواية٤.

(٢) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب احكام الاجارة الرواية٥.

(٣) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب احكام الاجارة الرواية٤.

(٤) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب احكام الاجارة الرواية٥.

(٥) قال في جامع المقاصد عند شرح قول المصنف: ويجوز أن يؤجرالخ والروايتان (أي روايتي الحلبي وابي بصير) محمولتان على الكراهية جمعاً بين الاخبار على انّ في الثانية: (اني لأكره) وهوصريح في الكراهية وهو الأصح.

....

اولى(١).

وكذا قوله: والاصحّ في ذلك كلّه الجواز(٢) مع ذكره دليل التحريم، مثل حسنة ابي المعزاء المتقدمه، وعدم ذكر دليل على الجواز اصلاً، كأنّه اكتفى بما ذكره اوّلاً، بقوله: جمعاً بين الاخبار، فتأمل.

وقال في شرح القواعد(وكذا لو سكن البعض، وآجر الباقي بالمثل او الزائد) أي وكذا يجوز الاجارة هنا ولاربا، ويجيئ فيه خلاف الشيخ والجماعة، لأنّ الاجرة تتقسّط على الاجزاء (الاجراء-خ) ولحسنة ابى المعزاء عن الصادق عليه السّلام في حديث أنّ فضل اجرة الحانوت والاجير حرام(٣) فيه أيضاً تأمل، لأنّ الخلاف مخالف للقواعد، والضابطة، والنص، فانّ للانسان التصرف في ملكه عيناً كانت او منفعة بمها (مهما-خ) شاء، مالم يمنعه عنه مانع، والنصّ الذي يصلح دليلاً، هي حسنة الحلبي المتقدمة(٤)، وقد كانت مشتملة على جلوس بعض الدار واجارة البعض باصل مااستأجرها، لابازيد فكيف يجوز للشيخ ان يخالف فيه ايضاً. وكأنّه لذلك مانقل عنه ذلك الخلاف.

ومعلوم بطلان الدليل الآخر، أي اشتماله على الربا وهو أضعف من ان يذكر، ولأنّ حسنة ابي المعزاء حسنة، وليست بصحيحة يمكن الاستدلال بها على التحريم.

---

(١) لعل وجه الاولويّة أن الدليل في هذا المقام ليس منحصراً بالاخبار بل الاصل والضابطة ايضاً دليلان كما اشار اليه قدّس سرّه.

(٢) عند شرح قول المصنف (لو تقبل عملاً بشيء وقبله لغيره باقل) أي يجوز ذلك على رأى والخلاف للشيخ والجماعة لرواية أبي المعزا السابقة والاصحّ في ذلك كلّه الجواز انتهى.

(٣) الوسائل الباب ٢٠ من أبواب أحكام الإجارة، الرواية ٤ ومتن الرواية هكذا : انّ فضل الحانوت والأجير حرام.

(٤) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب أحكام الإجارة، الرواية ٣.

....

على أنها مشتملة على الجواز في الارض وعدم الجواز في الحانوت والأجير فقط، فكيف يستدل بها على التحريم في المسكن ايضاً.

فقول المصنف: (ويجوز ان يؤجر مااستأجره الخ) لبيان جواز نفس اجارة مااستأجره، لردّ توهم أنّه لايجوز.

ولكن ذلك مشروط بعدم فهم استيفاء المنفعة على وجه ينفي الاستيجار، ودليله واضح عقلاً ونقلاً، وقد مرّت الاشارة إليه، وقد سمعت الروايات فيه، وستسمع ايضاً.

وايضاً مشروط بان يوجر بمثل مااستأجر او بالاقل، وقد قيد في القواعد ومثله، بأنه يجوز أن يوجر بمثله او أقل ضرراً.

والظاهر عدم حسن هذا القيد، لانّ الفرض أنّ الاجارة (ان ـ خ) وقعت مطلقاً، وصارت المنفعة ملكاً له، والناس مسلطون على اموالهم(١) كما قال في الشرح، وان كانت مقيّدة، لايجوز الاستيجار بوجه.

نعم لايؤجرها باجارة تضرّ عرفاً ولايوجر مثلها بمثل هذه الاجارة عرفاً، فكأنّه المراد، فتأمل.

وقوله: (او بعضه بأكثر) أي يجوز ان يؤجر بعض مااستأجره بأكثر ممّا كان اجرة له بالحساب والتقسيط، او بأكثر الاجارة بمعنى ان يؤجر نصفه مثل ان يستأجر داراً بعشرة، ثم يؤجر نصفها بستة، ويسكن نصفها، او يوجر ذلك ايضاً بشيء، او يسكن احداً.

ويحتمل ان يكون (بأكثر) قيداً لما استأجره ايضاً، كما هو الظاهر فمعناه

---

(١) قال في القواعد: ويجوز مع عدم الشرط ان يوجر لمثله او اقل ضرراً الخ، ذكرهذافي الشرط الثاني من المطلب الثالث في المنفعة.

ولا يجوز بأكثر منه مع التساوى جنساً، الّا أن يُحدث حدثاً، او تقبّل (يقبل ـ خ) غيره بانقص ممّا تقبل بعمله، الّا مع الحدث على رأى.

يجوز اجارة كلّ مااستأجره او بعضه بأزيد من نصف مال الاجارة، ولكن فيه ركاكة معنى، اذ يجوز بكل مال الاجارة، فتأمل.

قوله: ولا يجوز باكثرمنه مع التساوي جنساً الّا ان يحدث حدثاً، اختار هنا مذهب الشيخ في المسألة الاولى بخلاف التذكرة والقواعد.

وقد عرفت مافيه وأنّ القيد بالجنس مشعربأنّ دليله الربا، وهو ضعيف جدّاً.

قوله: أويقبّل غيره بانقص ممّا تقبل بعمله الّا مع الحدث على رأى . كأنه بتقدير (أنْ) عطف على فاعل (لايجوز) أي لايجوز ان يقبل وفاعل (يقبل) ظاهر، وهو المستأجر كفاعل (يؤجر) وضمير (بعمله) راجع اليه ايضاً، وهو مذكورمعنى.

ولكنّه ينبغي بعمل(١) حتى لايتوهم كون عمله شرطاً، او كونه اجيراً خاصّاً، مع أنّه معلوم أنّ الفرض في الأجير المشترك كما صرح به في الشرح.

وهو اشارة إلى اختياره مذهبه في المسألة الثانية ايضاً، بخلاف مااختاره فيهما، كالاولى.

فقوله: (على رأى) اشارة الى الخلاف فيهما، واطلاق الحدث يشعربما قررّناه من عمومه في الاخبار، فلايحتاج كونه ممّا يتقابل بالزائد، كما قيد به في كلام الشيخ، الّا ان يكون المراد به مايقابله في الجملة (الجملة ـ خ).

وفيه أيضاً اشارة الى ماقررّناه من وجود المنع في أكثرمن الامورالثلاثة التي

---

(١) يعنى ينبغي ان يكون التعبير (بعمل) لا (بعمله).

ولو شرط اسقاط البعض ان لم يحمله الى الموضع المعيّن في الوقت المعين صحّ، ولو شرط اسقاط الجميع بطل.

قاله في شرح المتن، فتأمل.

قوله: ولو شرط اسقاط البعض الخ. أي لو شرط المستأجر ـ ان اوصله الاجير الى المكان المعين في يوم معين يمكن وصوله اليه في ذلك الزمان عادة بشيء معين، وان لم يوصله اليه في ذلك الوقت، فينقصه من اجرته المعلومة شيئاً معيناً ـ فالاجارة مع الشرط صحيحة.

ودليلها عموم ادلة جواز الاجارة، وجواز الشرط، ووجوب الوفاء به، مع الاصل، وعدم ظهور مانع، اذ ليس الاّ جهالة مايعقد عليه حين العقد في الجملة، ومايعرف كون العلم حينئذ ـ بحيث لايحتمل غيره ـ شرطاً ولانعرف عليه دليلاً واضحاً.

ويدلّ عليه ايضاً الاخبار.

مثل صحيحة ابي حمزة (كانه الثمالي الثقة) عن ابي جعفر عليه الصلوة والسّلام قال: سألته عن الرّجل يكتري الدابة فيقول: اكتريتها منك الى مكان كذا وكذا، فان جاوزته فلك كذا وكذا زيادة ويسمّي ذلك؟ قال: لابأس به كلّه(١)، وهذه مع صحتها صريحة في عدم اشتراط ذلك العلم، وعدم الضرر بمثل ذلك الجهل، فهي تدل على جواز مانحن فيه.

ومثله ان خطته رومياً فلك كذا او فارسياً(٢) فلك كذا، ومثل آجرتك كلّ شهر بكذا، كما اشرنا اليه ويدل ايضاً على صحة تقديم القبول.

فقول شارح القواعد وغيره ـ باشتراط تقديم الايجاب في الاجارة بل في

---

(١) الوسائل الباب ٨ من ابواب احكام الاجارة الرواية١. .

(٢) وفي بعض النسخ المخطوطة: وان خطته فارسياً الخ.

....

غيرها ايضاً- غير واضح، وقد مرّ اليه الاشارة ايضاً.

ورواية محمّد الحلبي، قال كنت قاعداً الى قاض وعنده ابوجعفر عليه الصلوة والسلام جالس فجاءه (فاتاه-خ) رجلان فقال احدهما انى تكاريت ابل هذا الرّجل، ليحمل لى متاعاً الى بعض المعادن، فاشترطت عليه ان يدخلنى المعدن يوم كذا وكذا، لانها سوق واخاف ان يفوتنى، فان احتبست عن ذلك حططت من الكراء لكل يوم احتبسته كذا وكذا، وانه حبسني عن ذلك اليوم كذا وكذا يوماً، فقال القاضى هذا شرط فاسد وله (وفيه-ئل) كراه فلمّا قام الرجل اقبل الىّ ابوجعفر عليه السّلام فقال: شرطه هذا جاير، مالم يحط بجميع كراه(١).

وهذه صريحة، ولايضر عدم صحتها باشتراك محمّد بن اسمعيل(٢)، ووجود منصور بن يونس، كأنّه بزرج الذي قيل واقفي ثقة، لماتقدم.

وظاهر كلامهم عدم التوقف في توثيق محمّد بن اسمعيل في مثل هذا السند، كأنهم يعرفون كونه ابن بزيع الثقة، وذلك غير بعيد، وكثيراًمايصرح في الكافي بابن بزيع في مثل هذا السند، فهي موثقة كما قال في المختلف وشرح الشرايع.

وهذه صريحة في البطلان، مع شرط اسقاط الجميع، كما اختاره المصنف، لعله لاخلاف فيه، فانه يلزم كون الاعمال بلا اجرة بعمل ذي اجرة باشتراط عدمها اصلاً بشرط، فتأمل.

واستدل على صحة شرط اسقاط البعض وعلى عدم الجميع، بصحيحة محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام قال: سمعته يقول كنت جالساً عند قاض من قضاة المدينة، فاتاه رجلان، فقال احدهما انّى تكاريت هذا يوافي بي السوق يوم

(١) الوسائل الباب ١٣ من ابواب احكام الاجارة الرواية٢

(٢) وسندها ـ كما في الكافي ـ هكذا: محمّد بن يحيى، عن أحمد بن محمّد، عن محمّد بن اسمعيل، عن منصور بن يونس، عن محمّد الحلبي، وفي الوسائل: محمّد بن أحمد، بدل احمد بن محمّد.

....

كذا وكذا، وانّه لم يفعل؟ قال فقال: ليس له كراء، قال: فدعوته، وقلت يا عبدالله ليس لك ان تذهب بحقّه، وقلت للآخر (للاجير-خ) ليس لك ان تأخذ كلّ الذي (لك -خ) عليه اصطلحا فترادّا بينكما(١).

وفي الدلالة ضعف، بل ليس الدلالة الّا على أنّه اذا شرط ان يوافي به الى موضع معين في يوم معيّن يصح ذلك، وان لم يفعل يجب بعض شيء والصلح، ولايدلّ على ثبوت اجرة المثل ايضاً، فتأمل.

ويؤيد صحة الاوّل(٢) قول الاكثر حيث قال في شرح الشرايع وشرح القواعد: هذا قول اكثر الاصحاب.

فالعجب من الشيخ علي رحمه الله انّه يراعي (راعى -خ) الشهرة والكثرة كماترى، وهنا خالفها(٣) مع الادلة السابقة من الكتاب والسنه، فانّ عمومها (عمومها -خ) يدل على لزوم العقود والشروط، والروايات المتقدمة على خصوص المطلوب، كما عرفت، وكذا الخبر الصحيح الذي سيجيء، وقال بعدم الصحة، لاشتراط العلم الذي مانعرف دليله(٤).

على أنّه قال مستند اكثر الاصحاب روايتان صحيحتان عن الحلبي وعن محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السّلام(٥).

---

(١) الوسائل الباب ١٣ من ابواب احكام الاجارة الرواية١.

(٢) يعني بالاوّل شرط اسقاط البعض.

(٣) قال رحمه الله في جامع المقاصدماهذا لفظة: القول بالصحة في الشق الاوّل هوقول اكثر الاصحاب ثم استدل على قول الاكثر بصحيحة الحلبي ومحمّدبن مسلم ثمّ قال: والا صحّ بطلانها (شرط اسقاط البعض وشرط اسقاط الجميع) ثم قال: لان المستأجر عليه غيرمعلوم اذ المستأجر عيه أحدالامرين غيرمعين والاجرة على كل واحد من التقديرين مقدار غير المقدار على التقدير الآخر ورواية محمّد بن مسلم غير صريحة في الصحة ورواية الحلبي يمكن تنزيلها على ارادة الجعالة والقول بالبطلان هو المتّجه انتهى.

(٤) في بعض النسخ المخطوطة لاشتراط العلم الذي العرف دليله. (٥) تقدم ذكر موضعهما آنفاً.

ويستحق الاجير الاجرة بالعمل، وان كان في ملكه، ولايتوقف على التسليم.

وقال أيضاً ورواية محمّد بن مسلم غير صريحة في الصحة ورواية الحلبي يمكن تنزيلها على ارادة الجعالة.

وقد عرفت ان لادلالة في رواية محمّد بن مسلم، بل الدلالة في صحيحة أبي حمزة المتقدمة وقد تركها هو وغيره مثل المختلف وشرح الشرايع واستدلوا برواية محمّد بن مسلم والحلبي كانه مأخوذ من التذكرة.

وأنّ رواية الحلبي صريحة ولكن غير صحيحة لما عرفت، ولهذا قال في المختلف وشرح الشرايع: (موثقة الحلبي).

كأنه اخذها من التذكرة فانه قال فيها: صحيحة الحلبي كأنّه اراد معنى آخر، فتأمّل.

وانّ التنزيل(١) بعيد من غير داعٍ ولأنّه حينئذ لامعنى لقوله عليه السّلام: (مالم يحط بجميع كراه) اذ الظاهر(٢) أنّه يصح هذا الشرط في الجعالة، فتأمل.

قوله: ويستحق الاجير الخ. قد مرّ دليل مختاره ومختار الشرايع وغيره، وهو استحقاق الاجير طلب اجرته بعد اتمام العمل، وان لم يكن سلّم العين الى المستأجر، وكان العمل في غير ملك المستأجر، بل في بيت الاجير ولايتوقف على تسليم العين.

نعم يجب عليه تسليم العين عند الطلب، مع عدم المانع الشرعي فلو منع منه، يكون غاصباً ضامناً.

والظاهر أنّه لايستحق المستأجر المنع منه حتى سلّم، فلو منع يكون غاصباً ظالماً.

---

(١) ردّ على قوله: يمكن تنزيلها الخ.

(٢) في النسخ المخطوطة: والظاهر.

....

وهو خلاف مامضى، أنّه يملك الاجرة بمجرد العقد، اذ قد قام الدليل العقلي والنقلي على عدم جوازمنع المالك من ملكه، واستحقاقه الطلب، وقد خرج قبل العمل بالاجماع ونحوه، وبقي الباقي.

ويؤيّده وجوب اجرة العقارات قبل الاستيفاء وعموم وخصوص اذلّة لزوم الوفاء بالعقود، والشروط، والاخبار.

مثل حسنة هشام بن الحكم عن ابي عبدالله عليه الصلوة والسّلام في الجمّال (الحمّال ـ خ) والاجير قال: لايجفّ عرقه حتى يعطيه اجرته(١) وقد مرت.

واختار البعض مثل المحقق الثاني والشهيد الثاني عدم استحقاقه الاّ بعد تسليم العين، وان كانت في ملك المستأجر، الاّ ان يكون في يد المستأجر، لأنّه لايلزم العوض، ولم يستحق طلبه في المعاوضات الا بالتسليم، وتسليم المنفعة انما هو بتسليم العين، كما في البيع.

وفيه تأمل يعلم ممّا تقدم ولا تسلّم الكلية، وما نعرف له دليلاً، خصوصاً اذا كان العوض منفعة، بعد ثبوت الملك، وفي البيع ايضاً ان كان دليل فهو متبع لذلك، والاّ يمنع هناك ايضاً، كما فيما نحن فيه.

على أنّه قد يقال: إنّه لما كانت بيد الاجير فهو بمنزلة كونه بيد المستأجر، لأنّه وكيل ومأذون في وضع اليد او وديعة، فكأنّه فعل العمل، والعين في يد المستأجر ولهذا لو عمل وهو في يد وكيله او يد الودعي، فالظاهر أنّه لايحتاج الى التسليم، فتأمّل فيه.

وأنّه اذا كان عملاً في ارض المستأجر، فانّ الظاهر أنّه حينئذ لايحتاج الى تسليم الارض على نحو تسليم العقارات، بل يكفي العمل وان غصبت الارض، او

---

(١) الوسائل الباب ٤ من ابواب احكام الاجارة الرواية١.

وكل موضع يبطل فيه العقد يثبت فيه اجرة المثل مع استيفاء المنفعة أو بعضها، زادت عن المسمّى او نقصت.

خربت العمارة التي عملها قبل تسليمها، فتأمّل.

ومنه ظهر وجه من يشترط في الاستحقاق كونه في ملك المستأجر، ودفعه، فتأمل.

قوله: فكل موضع يبطل فيه العقد الخ. الظاهر،(وكلّ) كماهوفي بعض النسخ، لعلّ دليل لزوم اجرة المثل -مع بطلان الاجارة في كل موضع الّا ماستثنى، مثل ان يؤجر ويشترط عدم الاجرة او لم يذكر اجرة- هو أنّ مع البطلان لااثر للعقد، فيرجع كلّ الى ماله، كما اذا بطل البيع يرجع البايع الى مبيعه والمشترى الى ثمنه، ولا يملك احد مال آخر ومنافعه، ولمّا تعذّر الرجوع في الاجارة الى المنفعة، يرجع صاحبها الى عوضها، كما اذا تلف احد العينين.

وايضاً لاشك ولاخلاف في أنّ الاجارة الباطلة ليست مؤثّرة لملك عوض الاجارة ولا منفعته، لأنّ معنى البطلان في غير العبادات عدم ترتب الاثر، فلابد من ارجاع العين الذي هو العوض الى مالكه، وحينئذ لو لم يلزم شيء للاجير، يلزم الظلم وهو ظاهر، فلابد له من عوض منفعته، وهو المراد باجرة المثل، سواء كانت مساوية للمسمّى، او زادت، ام نقصت.

ولأنّه انّما حصل الرّضا في استيفاء منفعة دار الغير ودابّته مثلاً بالاجرة (باجرة-خ) فلا يكون متبرّعاً، فلابدّ له من عوض ولمّا لم يتعيّن يرجع الى العرف، وكذا استعمال الاجير وعمله للمستأجر كما في ساير الامور المرجوعة الى العرف، وهو اجرة المثل هنا.

وهذا ظاهر، مع جهلهما ببطلان العقد واحكامه.

وأمّا مع العلم فلا، اذ يصير العالم كالمتبرّع مثلاً اذاعلم الاجير أنّ اعماله بالعوض الخاص انّما هو لهذا العقد الفاسد، فاذا عمل مع ذلك يكون متبرّعاً في

....

العمل، وكأنّه فعله من غير اعمال من عمل له فلا اجرة له، كمن يخيط ثوباً لشخص من غير اذنه بالاجرة وغيرذلك.

وكذا اذا علم المستأجر أنّ العامل لايستحق بعمله هذا هذه الاجرة فسلمها اليه، فكأنّه يوهبها له(١)، ويؤذن له في اتلافها، فيمكن ان لايكون له الرجوع الى عوضه بعد اتلافه باذنه عالماً.

نعم لو اعتقد أنّه وان لم يستحق الاجرة، ولكن له اجرة المثل فيصير كالجاهل، فتأمّل.

ثم انّ الظاهر أنّ العالم كالغاصب، لايجوز له التصرف، ولايستحق شيئاً لما مرّ، من أنّ الإذن انّما علم بالعقد لاعتقاد أنّه صحيح ويلزم الطرف الآخر مايلزمه، وقد بطل وهو عالم بالفرض فيبقى اصل المنع على حاله، كما قيل في البيع الباطل، بل يفهم من كلامهم الضمان مع الجهل ايضاً.

ويمكن ان يقال بطلان العقد مستلزم لبطلان جميع الآثار المترتبة شرعاً عليه(٢) بالنسبة الى الاجارة، كما هو المفهوم من شرح الشرايع في هذه المسألة.

قال: فان قلت: أي فائدة في تسميته عقداً فاسداً مع ثبوت هذه الاحكام واقامته مقام العارية؟ قلت: فساده بالنسبة الى الاجارة، بمعنى عدم ترتب احكامها اللازمة لصحيح عقدها، كوجوب العمل على الاجير ونحوه، لامطلق الا ثر(٣).

وهذا مفهوم من مواضع أُخر، مثل بطلان الاجارة بالتعليق وبقاء الاذن وقد فصله في شرح القواعد.

وقد عرفت مافيه وبقاء الاذن مع بطلان الوكالة بردّ الوكيل، ذكره في

---

(١) هكذا في جميع النسخ، والظاهر انّ المراد كأنّ المستأجر يهب الاجرة له.

(٢) هكذا في النسخة المطبوعة وبعض النسخ المخطوطة وفي النسختين المخطوطتين: لابالنسبة الخ.

(٣) انتهى كلام شارح الشرايع.

....

شرح القواعد أيضاً.

وكذا بطلان الاذن ببيع العبد دون وكالته(١) ولزوم اجرة المثل في المضاربة الباطلة وغيرها.

وفيه تأمل، اذ جميع الآثار والفوائد هو اثر العقد شرعاً، فاذا علم بطلانه شرعاً، وكون معناه بطلان عدم(٢) الاثر، فلاينبغي بقاء اثر (الاثر-خ) له اصلاً، فانّه علم سقوط اعتباره في نظر الشرع، فلا اثر له اصلاً شرعاً، وهو المفهوم من البطلان فتأمل.

والتحقيق ان يقال: الاذن الباقي ليس اثر العقد، والتصرف فيه ليس بسبب العقد، بل لمّا وقع عقد اجارة على عمل او منفعة مثلاً على وجه خاص، فقد تحقّق هنا العقد الذي رتّب عليه الشارع احكاماً كثيرة، وفعل (فعلت-خ) بقصد حصول تلك (الاحكام-خ) للطرفين.

وقد يُعلم حينئذ في ضمن هذا، الاذن في التصرف في الجملة، بان (ان-خ) علم أنّ صاحبه راض بالتصرف في هذا الامر، وفعل هذا العمل بعوض نقص (انقص-خ) من المقرّر، وان لم يكن لازماً، وفي ضمن عقد لازم.

فهذا الاذن والتصرف الجايز والجعل ليس اثراً للعقد الباطل، كما أنّه اذا علم مقصود شخص من نقيض مايلفظ به سهواً، مثل ان يقول في مقام الاذن (لايدخل)، مع قرينة صريحة في أنّه يريد الدخول، او تقدّم الطعام ويكرم الضيف، ويأخذ يده، ويحطّ على (الى-خ) الطعام ويقول له: لا تأكل، ومعلوم أن هذا اللفظ غلط وباطل، ولا اثر له، الّا أنّه لمّا علم المراد يجوز التصرف من تلك الجهة.

---

(١) لعل المراد أنّه اذا اذن المولى لعبده لعمل مثلاً ثمّ باعه بطل اذنه وامّا اذا وكله ثمّ باعه لم تبطل وكالته.

(٢) هكذا في جميع النسخ، والظاهر زيادة لفظة (عدم) كما لايخفى.

....

في كل موضع يعلم ذلك، لاشكّ في بقاء الاذن، ولزوم العوض على ذلك الوجه المعلوم، وبدونه محل (فحلّ ـ خ) الاشكال من احتمال بطلان اثره بالكليّة، كما هو ظاهر البطلان، وبقاء الاثر في الجملة وعدم ترتب ماعلم عدم ترتبه عليه بدليل، وبقاء الباقي تحت العقد، وهذا بالحقيقة راجع الى عدم البطلان في الجملة.

فلابد حينئذٍ من ان ينظر الى الدليل الدالّ على البطلان وكيفيّة دلالته، فان كان يفيد العموم ولو بقرينة فهو المتّبع، والاّ فالذي عليه الدليل فقط، كما اشرنا إليه في بطلان الوكالة المعلّقة وبقاء الاذن في الفعل الموكل فيه كما هو مختار التذكرة حيث علم ان لادليل على البطلان عندهم سوى الاجماع المنقول في التذكرة، ومع ذلك هو قائل ببقاء الاذن وقال: فائدة البطلان والفساد انما تظهر في الجعالة.

فعلم أن لادليل على البطلان بالمرّة، واصل الصحّة وعموم ادلة العقد مفيد في الجملة، فتأمل.

ثم انّ الاستثناء المذكور(١) منقول في شرح الشرايع عن الشهيد رحمه الله(٢) فالقسم الاول ظاهر، لأنّ مرجعه إلى التبرّع فان من قال: آجرتك نفسي لاعمل لك اليوم ولا اجرة لى، معناه اعمل لك من غير اجرة، فلا اثر لقبول المستأجر، بل ولا لاذنه وسؤاله، لوفرض وكانه مافهم (مافهموا ـ خ ل) معنى آجرتك، او ماقصدوا معناه الحقيقي، بل المجازي، فكأنّه ليس بعقد فاسد، بل اذن في العمل

---

(١) اشارة الى قوله في صدر المسألة: الاّ مااستثنى، مثل ان يوجر ويشترط عدم الاجرة الخ.

(٢) قال في المسالك :واستثنى الشهيدرحمه الله من ذلك مالو كان الفساد باشتراط عدم الاجرة في العقد، او متضمناً له، كما لولم يذكر اجرة، فانّه حينئذ يقوى عدم وجوب الاجرة لدخول العامل على ذلك، وهو حسن (ج١ ص٣٢٢).

ويكره الاستعمال قبل المقاطعة.

(لعمل ـ خ) بلا اجرة، والّا فلا معنى لهذا اللفظ، بل لايتلفظ به عاقل رشيد عالم، الّا ان يقصد المعنى المجازي، والّا فلا يجوز استعمال مثل هذا الشخص ومعاملته الّا ان يريد التدليس، حيث يثبت (ثبت ـ خ) له اجرة المثل لا الأجر المسمّى، حيث ان سمّى لم يكن الّا يسيراً، فتأمل.

وأمّا القسم الثاني (فهو (وهو ـ خ) الذي ترك ذكر الأجر فيه)، فمحل التأمل، اذ عدم الذكر ليس يدلّ على الرضا على عدم الاجرة بالكلّية، اذ قد يكون لنسيان او جهل واعتقاد انه معلوم مقرّر، او أنّه معلوم أنّ مع الاطلاق ينصرف الى العرف.

وبالجملة، الظاهر أنّ العمل الذي ظاهر حالها قصد الاجرة به ـ وكذا أنّ الانتفاع بمنفعة خاصّة انّها جوّز بعوض ـ لزوم العوض المعيّن المسمّى مع الصحّة، واجرة المثل مع البطلان، لما تقدّم، حتى يعلم عدم العوض والتبرع، فتأمل.

قوله: ويكره الاستعمال قبل المقاطعة. الظاهر عدم الخلاف في ذلك ويدلّ عليه الاخبار مثل رواية مسعدة بن صدقة عن أبي عبدالله عليه الصلوة والسّلام قال: قال: من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يستعملن اجيراً حتى يعلمه (يعلم ـ خ) ماأجره، ومن استأجر اجيراً ثم حبسه عن الجمعة يبوء بإثمه، وان هو لم يحبسه اشتركا في الأجر(١).

يعني ليس اثم الترك الّا على الحابس، ولغير الحابس ايضاً أجر، مثل أجر العامل.

ويدلّ على أنّ وقت الصلوة حتى الجمعة والجماعة مستثنى للعامل من يومه وغيره، فافهم.

(١) الوسائل الباب ٣ من ابواب احكام الاجارة الرواية٢.

(الخامس) اباحة المنفعة، فلو استأجر المسكن لإحراز الخمر والدابّة لحمله والدكان لبيعه، بطل.

وصحيحة سليمان بن جعفر الجعفري الطويلة المشتملة على ضرب الرضا عليه السّلام وغضبه غضباً شديداً لغلمانه الذين استعانوا برجل في عمل وماعيّنوا له اجراً، وقال معتذراً عن فعله الضرب والغضب الشديد، فقال انّي قد نهيتهم عن مثل هذا غير مرّة، واعلم أنّه ما من أحد يعمل لك شيئاً بغير مقاطعة، ثمّ زدته لذلك الشيء ثلاثة اضعافه (اضعاف ـ ئل) على اجرته الّا ظنّ انّك قد نقصته أجرته، فاذا (واذا ـ ئل) قاطعته أجرته ثم أعطيته أجرته حمدك على الوفاء، فان زدته حبّة عرف ذلك لك، ورأى أنك قد زدته(١).

وهذه تدل على جواز ضرب الغلام بعد المخالفة، لمثل ماتقدّم، والغضب لذلك، وحسن الايفاء، وكونه بحيث يعرف العامل ذلك، والاجتناب عما يقبح، وان لم يكن مستحقاً.

وفي كلاهما(٢) دلالة على جواز المبالغة والتأويل، اذالظاهر أنّهما محمولتان على الكراهة، لعدم ظهور القائل بالتحريم.

ويؤيده الاصل، وعموم ادلة الجواز، وعدم ظهور وجه التحريم، وعدم صحة الاولى(٣)، وكونها ظاهرة في المبالغة، والتأويل، اذ لا يخرج عن الايمان بما ذكره، وظهور الوجه الذي يستفاد من قوله عليه السّلام (اعلم) وعدم منعه الاجير المذكور عن ذلك العمل، بل الظاهر أنّه تركه يعمل، والّا لنقل، ولاشك أنّ الأحوط هو الترك.

قوله: الخامس اباحة المنفعة الخ. الشرط الخامس من شروط صحة

---

(١) الوسائل الباب ٣ من ابواب احكام الاجارة الرواية ١. هكذا في جميع النسخ وفي الوسائل نقلاً عن الكافي والتهذيب زاد بعد قوله عليه السّلام: (غيرمرة) ان يعمل معهم احد (اجير ـ يب) حتى يقاطعوه على اجرته.

(٢) هكذا في جميع النسخ، والصواب وفي كليهما.

(٣) وذلك لعدم توثيق هارون ومسعدة.

....

الاجارة كون المنفعة مباحة فلو كانت محرّمة فالظاهر أنّ اجارة عينها لاستيفاء تلك المنفعة حرام، والعقد ايضاً باطل، فلو استأجر المسكن لاحراز الخمر لالقصد التخليل ـوكذا الدابّة والآدمي والسفينة لحملها، لالقصد التخليل، ولا للاهراق او الدكّان لبيعها فيه ـ بطل العقد، وفعل حراماً.

وكذا جميع المحرمات مثل اجارة آلات اللّهو والقمار وجعل الخشب ونحوه صنماً

دليل التحريم قوله تعالى: ولا تعاونوا على الاثم(١) ولا شك في كونه تعاوناً على الاثم في الجملة، والتعاون عليه مطلقا منهي وحرام، والعقل ايضاً يساعده.

ورواية جابر (صابر ـ خ) قال: سألت اباعبدالله عليه السّلام عن الرجل يؤاجر بيته يباع فيه (فيها ـ خ) الخمر؟ قال: حرام أجره(٢).

وتحريم الاجر مستلزم لتحريم العقد وبطلانه.

ولا يضر عدم صحة السند(٣) باشتراك ابن سنان وجهل عبد المؤمن وجابر لأنّ الظاهر أنّ ابن سنان هو عبدالله الثقة، بقرينة رواية علي بن النعمان عنه، وأنّ عبد المؤمن ثقة، وجابر كأنّه المكفوف الممدوح، مع أنّه مؤيّد، فتأمل.

ثم انّ الظاهر هو بطلان العقد على تقدير التحريم كما فهم من الرواية، ولأنّ النهي فيه راجع الى العين بمعنى عدم صلاحيّتها للانتفاع والانتقال، كما في بيع المجهول، للغرر، وبيع الملاقح(٤)، ونحوها، وهو ظاهر، لأنّه معلوم أنّ الفرض أن

(١) المائدة: ٢.

(٢) الوسائل الباب ٣٩ من ابواب مايكتسب به (من كتاب للتجارة) الرواية١ (ج١٢ ص١٢٥).

(٣) وسند الرواية ـ كما في التهذيب ـ هكذا: احمد بن محمّد، عن محمّد (علي) بن اسمعيل، عن علي بن النعمان عن ابن مسكان، عن عبدالمؤمن، عن صابر (جابر ـ خ).

(٤) قال في مجمع البحرين، وفي الخبر نهى عن بيع الملاقح والمضامين لأنّه غرر، اراد بالملاقح ـ جمع ملقوح ـ وهو جنين الناقة وولدها ملقوح به فحذف الجار انتهى.

....

هذا الانتفاع غير محلّل، فلا يصلح للاجرة، والعقد، فلا ينتقل من مالكه، ولايملكه المنتقل اليه، وهذا ظاهر.

الاّ أنّ في دلالة الآية(١) تأمّلاً مّا، اذ يشكل تعميمها بحيث يشمل مانحن فيه.

واصل الجواز وعموم ادلة العقود، يفيد الجواز والانعقاد.

وكذا مكاتبة ابن اذينة (الحسنة لابراهيم) قال: كتبت الى ابي عبدالله عليه السّلام أسأله عن الرّجل يؤاجر سفينته ودابّته ممن يحمل فيها او عليها الخمر و(او-خ) الخنازير؟ قال: (فقال-خ) لابأس(٢).

ولا يضرّ المكاتبة بعد اعتبار السند، خصوصاً مع عدم وضوح سند مايدلّ على المنع.

فيمكن ان يحمل مايدلّ على المنع على أن يؤجره لذلك، ويعلم أنّه يحمل عليه ذلك، ويستأجره لذلك، لاغير.

وظاهر كلام الاصحاب ايضاً ذلك، ولا شك حينئذ في دلالة الآية والعقل على تحريم ذلك، فلا شك في التحريم والبطلان حينئذٍ.

وأمّا الاجارة ممّن عمله ذلك فلا يكون حراماً ويؤيّده ماتقدم في بيع العنب لمن يعمل خمراً، والخشب لمن يعمل صنماً وغير ذلك.

ومكاتبة عمر بن يزيد (الحسنة لابراهيم)(٣) قال: كتبت الى ابي عبدالله

---

(١) اشارة الى قوله تعالى: ولا تعاونوا الآية.

(٢) الوسائل الباب ٣٩ من ابواب مايكتسب به (من كتاب التجارة) الرواية٢ (ج١٢ ص١٢٦) وسندها -كما في الكافي- هكذا: علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن ابي عمير، عن عمر بن اذينة، قال: كتبت الخ

(٣) وسندها -كما في الكافي- علي بن إبراهيم عن أبيه، عن ابن ابي عمير، عن عمر بن اذينة، قال: كتبت الخ.

....

عليه السّلام أسأله عن رجل (الرجل-خ) له كرم، أيبيع العنب والتمر ممن يعلم أنّه يجعله خمراً، أو سكراً؟ فقال: انما باعه حلالاً في الآبان الّذي يحلّ شربه واكله، فلابأس ببيعه(١) وغيرها.

ولا يبعد تنزيله على ان يعلم أنّه يجعل العنب والتمر في الجملة خمراً، لا أنّه يعلم جعل عنبه الذي يبيعه خمراً علماً يقينياً، لايحتمل النقيض، فانّ ذلك حينئذ معاونة منهيّة، كما تقدم، فالظاهر تحريمه، فتأمّل.

وجمع الشيخ رحمه الله بين رواية جابر ومكاتبة عمر في التهذيب بوجهين احدهما جواز ان يكون الخبر الاوّل متوجهاً الى من يعلم أنّه يباع فيه الخمر، فلا يجوز له اجارة البيت لمن ذا صفته والثاني انما يتوجه الى من يواجر دابّته او سفينته وهو لايعلم مايحمل عليه (عليها-خ) ثمّ علم ذلك(٢) لم يكن عليه شيء. والوجه الآخر انّما حرم اجارة البيت لمن يبيع الخمر، لأنّ بيع الخمر حرام، واجاز اجارة السفينة يحمل فيها الخمر، لأنّ حملها ليس بحرام، لأنّه يجوز ان يحمل لان يجعله (ليجعله-خ) خلا، وعلى هذا لا تنافي بين الخبرين(٣).

ولا يخفى أنّ الوجه الثاني لايتمّ لاشتماله على الخنزير، الّا أن يحمل حمل الخنزير ايضاً على وجه لايكون الانتفاع به حراماً كالخمر للتخليل، او الاراقة.

وأنّ الوجه الاوّل ماأشرنا اليه، وأنّه حين العلم لايجوز له التسليم، بل يجب منعه عن ذلك الحمل، من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر، ان تحقق شرايطه، ومع ذلك يستحق الاجرة، وان لم يستعملها المستأجر حتى مضت المدة.

---

(١) الوسائل الباب ٥٩ من ابواب مايكتسب به (من كتاب التجارة) الرواية٥ (ج١٢ ص١٦٩).

وقوله: سكراً: السكر بالتحريك نبيذ التمر (مجمع البحرين).

(٢) وفي التهذيب: ثم حمل فيه ذلك الخ.

(٣) انتهى كلام التهذيب.

(السادس) القدرة على تسليمها، فلو آجر الآبق لم يصحّ.

وبالجملة الظاهر من العقل والنقل مثل الآية المتقدمة عدم الجواز وعدم صحة الاجارة للاستعمال في المحرّم. و(او-خ) علم ذلك علماً يقينياً، والّا فلا، وكذلك ينبغي في البيع، وبه يجمع بين الادلّة، فتأمّل.

قوله: السادس القدرة على تسليمها الخ. من شرايط الاجارة قدرة الموجر على تسليم العين المستأجرة الى المستأجر.

ولا شك في اشتراط كون العين المستأجرة مقدورة التسليم في الجملة، ليمكن الانتفاع المطلوب منها، اذاستيجار الغير المقدورة التي لايمكن الانتفاع المطلوب منها سفه وغرر، ولايجوز.

والظاهر عدم الخلاف فيه، ويدلّ عليه العقل والنقل (١) مثل استيجار الاخرس للتعليم والأعمى لحفظ متاع بالبصر.

وأمّا اشتراط كون تسليم المنفعة مقدوراً للموجر، فالظاهر، لا، بل يكفي امكان التسليم، فلو كان المستأجر قادراً على استيفاء المنفعة باخذ العين من الغاصب بنفسه او بمعاونة غيره، فالظاهر جواز استيجاره.

وكذا الظاهر جواز استيجار المغصوب من الغاصب للتسليم.

والظاهر أنه بمجرد العقد يخرج عن الضمان والغاصبيّة، ولايشترط الأخذ ثم التسليم، ولا مضى زمان يمكن ذلك، ولا رضاء الغاصب بالإعطاء، وترك الغصب، وان كان واجباً عليه في صحة العقد والخروج عن الضمان، لعموم الادلة والاصل، وانتقال الملك، فلا ضمان.

وكذا لوادّعى المستأجر القدرة على تسليم الآبق او الموجر على التسليم،

(١) راجع الوسائل الباب ٣٩ من ابواب مايكتسب به من كتاب التجارة ج١٢ ص١٢٥ والباب١ من كتاب الاجارة ج١٣ ص٢٤٢.

ولو منعه المؤجر سقطت، والأقرب جواز المطالبة، بالتفاوت.

سواء كان مقدوراً عادة ام لا، ولا بعد في صحة الاجارة، لعموم الادلة، وعدم ثبوت المانع.

ثم ان بذل المجهول لم يمكن التسليم تبطل الاجارة، ولم يلزمه شيء، لأنّ لزوم الاجرة موقوف على امكان التسليم والتسلّم، الّا ان يقصّر المستأجر مع القدرة، ويكون هو المدعي لها، فيلزم.

ولايبعد أيضاً صحة الاجارة مع انضمام شيء مقصود معه، بحيث يخرج عن السفه والغرر، كما مرّ في البيع، لعموم الادلة، وعدم ثبوت مافرض مانعاً، لا(١) بالقياس الى البيع وكونه اولى منه، فانّ المسامحة في الاجارة أكثر فنمنع(٢) القياس والاولوية ولزوم الاقتصار على النص، فتأمل.

وبالجملة عموم ادلة الاجارة يفيد الجواز والصحة مطلقا، الّا ماعلم خروجه مثل مالم يكن مقدوراً عليه اصلاً منفرداً، فانّه سفه وغرر ومجمع عليه، وأمّا غيره فلا، بل يصحّ ولزومها موقوف على التسليم، الّا ان يكون خارجاً بدليل من اجماع ونحوه، فتأمل.

قوله: ولو منعه المؤجر الخ. اى لو منع المؤجر المستأجر من التسليم ـ بان لايسلّم العين اليه عند المطالبة التي يجب معها التسليم ـ سقطت الاجرة، أي تبطل الاجارة، فليس للمؤجر مطالبة الاجرة منه، فانّ التسليم وعدم المنع كان شرطا للاستحقاق بالاتفاق، فليس لأحد على الآخر شيء، وينفسخ العقد بنفسه، لأنّه بمنزلة تلف المبيع والعين قبل التسليم.

ولا يبعد ان يكون له الخيار وعدم البطلان الّا بفسخه، ويكون له الصبر

(١) في بعض النسخ المخطوطة: الّا بالقياس.

(٢) هكذا في جميع النسخ، ولعلّ الصواب، لمنع القياس.

ولو منعه ظالم قبل القبض تخيّر في الفسخ والرجوع على الظالم، ولو كان بعده لم تبطل، وله الرّجوع على الظالم خاصّة.

ولو انهدم المسكن فله الفسخ، فيرجع بنسبة المتخلّف، الّا أن يعيده المالك.

والرضا بالعقد،وحينئذ ان فسخ يبطل،كمامرّ،وان كانت اجرة مثل العين زائدة على المسمّى، يكون للمستأجر مطالبة المؤجر بها، ايضاً، لأنّ المنفعة مملوكة له، وقد منعه عنها، وهي مضمونة، كالاعيان، وكما اذا غصب العين غاصب، واليه اشار بقوله: (والاقرب الخ) وليس ببعيد، فتأمل، والظاهر أنّ له حينئذ الفسخ والرجوع الى عين اجرته فقط.

قوله: ولو منعه ظالم الخ. أي لو منع المستأجر-قبل قبض العين المستأجرة عن انتفاعها- ظالم غير الموجر، تخيّر المستأجر بين فسخ العقد وعدم مطالبة أحد الّا الموجر في أخذ اجرته ان سلّمها، فيطالب المالك الظالم باجرة المثل كلاً او بعضاً، وبين عدم الفسخ فيطالب الظالم بالعين المنتفع بها، ويأخذ اجرة المثل في مدّة المنع، ويأخذ منه المالك المسمّى، لالتزامه بالعقد (العقد-خ).

وان كان بعد القبض فليس له الابطال ولا يبطل العقد، بل له الرجوع على الظالم خاصّة، وعليه المسمّى للمالك، والعين مضمونة له في يد الغاصب.

ولا يخفى أنّ هذا اذا كانت المستأجرة غير الادميّ الحرّ او (و-خ) استوفى المنفعة، بناء على ماتقرّر عندهم من أنّ منافعه لا تضمن الّا بالاستيفاء، وان لم يكن هذا غير معلوم لي.

وأنه لو غصب الموجر بعد التسليم، فالظاهر أنّه كالغاصب الاجنبي.

قوله: ولو انهدم المسكن الخ. أي لو انهدم المسكن المستأجر-بحيث لم يمكن الانتفاع به، او انقضّ ونقص نقصاناً لو كان قبل العقد لم يرغب في الاجارة

وليس له الالزام بالعمارة.

ولا الانتزاع من الغاصب، وان تمكن.

عرفاً بالاجرة المقرّرة- لم ينفسخ بل للمستأجر فسخ العقد، والرجوع الى المالك بعد الفسخ بمقدار حصّة الباقي من اجرة المدّة، الّا ان يعيد المالك المسكن الى اصله، بحيث فرض عدم فوت منفعة معتدبها قبل الاعادة، وضرر المستأجر في تلك المدّة.

وله ايضاً الصبر وعدم الفسخ، فيلزم كلّ الاجرة، وهو ظاهر.

ودليل جواز الفسخ ظاهر، على تقدير خروج المستأجر عن الانتفاع المطلوب عرفاً، وعدم دخل للمستأجر في حصول الانهدام، وهو انتفاء(١) الضرر.

وانّ لزوم الاجرة مشروط ببقاء العين في يد المستأجر منتفعاً بها، فانّها ليست الّا في مقابلة الانتفاع في الزمان المقرّر، وهو ظاهر.

وامّا اذا كان غير ذلك -بان كان مسكناً فاضلاً، وليس لوجوده في هذا الانتفاع بالدار المستأجر أثر او كان بحيث مابقيت الدار على الحالة الاولى مرغوبة في الجملة، لا انّه صار بحيث لايليق حينئذ بحال المستأجر بتلك الاجرة- فيحتمل عدم الفسخ بل نقص الاجرة المقابلة لبقائه غير منهدم، فتأمّل.

قوله: وليس له الالزام بالعمارة الخ. أي ليس للمستأجر بعد انهدام المسكن تكليف المؤجر بعمارته، لأنّه تكليف منفي بالاصل، وليس عليه الّا تسليم ماآجره، مع مايتوقف عليه الانتفاع من الابواب والمفاتيح وما يمنع الانتفاع من التراب والحجارة وغير ذلك، وأمّا التعمير بعد الخراب فلا.

قوله: ولا الانتزاع من الغاصب الخ. أي ليس على المستأجر انتزاع العين المستأجرة من يد الغاصب، اذا كان قادراً على ذلك، واعطاء الاجرة ان غصبها قبل القبض، بل له الفسخ حينئذ كما مرّ.

---

(١) في بعض النسخ المخطوطة والنسخة المطبوعة: وهو الضرر.

«المطلب الثاني في الأحكام»

الاجـارة عقد لازم من الطرفين لا تبطـل الآ بـالتقايل، او احد اسباب الفسخ، لابالبيع، والعذر مع امكان الانتفاع.

فلوقدّمه على قوله: (ولو انهدم) ـوقال: (ليس عليه)ـ لكان أظهر.

ويحتمل ان يكون المعنى، وليس للمستأجر الزام المؤجر، بانتزاع العين المستأجرة وتسليمها ايّاه ان غصبت قبل القبض، وان تمكن من ذلك، للاصل، ولأنّ له خياراً حينئذ فلا ضرر عليه.

وهذا انسب بالنسبة الى سوق الكلام، الآ انّ فيه تكلّفاً من حيث اللفظ لأنّ المناسب (ولا بالانتزاع)، وبحسب المعنى أيضاً، اذ لايبعد أنّ له الالزام، لأنّ العقد لازم، وقد اقتضى وجوب التسليم على المؤجر، والفرض قدرته، ولهذا ليس له ان يحبس، ويقول لك الفسخ، فلا يتضرّر، فالظاهر ذلك، لعموم الادلة.

قوله: المطلب الثاني في الاحكام، الاجارة عقد لازم الخ. الظاهر أن لاخلاف عندنا في كون عقد الاجارة لازماً لايجوز لاحدهما فسخه بدون رضا الآخر، ولا يبطل الآ بالتقايل، ومايعرض من اسباب الفسخ ـمثل ان تعذر الانتفاع، بغصب (بنقص ـخ) (بنقض ـخ) العين، وانهدامها، وغير ذلك من اسباب الفسخ ـ لدليل.

والدليل عليه مثل اوفوا بالعقود(١) والمؤمنون عند شروطهم(٢).

ويدل عليه ايضاً صحيحة علي بن يقطين قال: سألت اباالحسن عليه السّلام عن الرجل يكتري السفينة سنة أو أقلّ أو أكثر؟ قال: الكرى لازم الى

---

(١) المائدة: ١.

(٢) راجع الوسائل باب٢، حديث٤ من ابواب المهور ج١٥ ص٣٠.

....

الوقت الذي اكتراه اليه، والخيار في اخذ الكري الى ربها ان شاء اخذ وان شاء ترك(١) ومثلها رواية محمّد بن سهل عن ابيه(٢).

ولا يضرّ عدم التصريح بتوثيق محمّد.

والظاهر أنّ دليل الفسخ ـ بالتقايل ـ الاجماع وخبر من اقال نادماً(٣) الذي مرّ في البيع، وهو عام لاخصوصيّة له بالبيع، فافهم.

ولباقي اسباب الفسخ دليل يخصّه، واذا لم يكن له دليل لم يثبت.

ولا يبطل ببيع العين، اذ لامنافاة بينه وبينها، نعم يمكن ان يثبت الخيار للجاهل بذلك، ولو كانت المنافاة ثابتة لبطل البيع العارض عليها لا الاجارة.

ويدلّ على الصحة حسنة حسين بن نعيم (الثقة في كتاب وقوف التهذيب) عن ابي الحسن موسى عليه الصلوة والسّلام ـ الى (قوله) ـ قال ابوجعفر عليه السّلام لاينقض البيع، الاجارة ولا السكنى، ولكن يبيعه (تبيعه ـ ئل) على أنّ الّذي يشتريه (اشتراه ـ ئل) لايملك ما اشتريه، حتّى تنقضي السكنى على ما (كما ـ ئل) شرط وكذلك الاجارة (الحديث)(٤).

ومكاتبة يونس الى الرضا عليه الصلاة والسّلام قال كتبت الى الرضا عليه السّلام اسأله عن رجل تقبّل من رجل أرضاً أو غير ذلك سنين مسمّاة، ثم إنّ المتقبّل (المقبل ـ ئل) اراد بيع ارضه التي قبلها قبل انقضاء السنين المسمّاة، هل

---

(١) الوسائل الباب ٧ من ابواب احكام الاجارة الرواية١ وفي التهذيب كما في الوسائل يتكارى من الرجل البيت او السفينة سنة او اكثر من ذلك (او اقل من ذلك ـ خ).

(٢) الوسائل الباب ٧ من أبواب احكام الاجارة الرواية١ بالسند الثالث.

(٣) راجع الوسائل الباب ٣ من ابواب آداب التجارة (من كتاب التجارة) وفيه من قال مسلماً الخ. (ج١٢ ص ٢٨٦).

(٤) الوسائل الباب ١٤ من ابواب احكام الاجارة الرواية٣.

ولا بالموت من المؤجر والمستأجر، على رأى.

للمتقبّل ان يمنعه من البيع قبل انقضأ اجله الذي تقبلها منه اليه، وما يلزم المتقبل له؟ قال: فكتب له ان يبيع اذا شرط على المشتري أنّ للمتقبّل من السنين ماله(١).

ولا يضر عدم صحة السند(٢)، لاشتراك يونس وعلي بن احمد، لانّها مؤيدة.

وهذه تدل على الصحة مع بيان الحال والشرط، فيمكن فهم الصحة مع عدم ثبوت الفسخ، فافهم.

ويدلّ عليه مكاتبة اسحق الراكانى قال: كتبت الى رجل أي ابي الحسن الثالث عليه الصلوة والسّلام رجل استأجر ضيعة من رجل فباع الموجر تلك الضيعة التي آجرها بحضرة المستأجر ولم ينكر المستأجر البيع وكان حاضراً له شاهداً عليه فمات المشتري وله ورثة أيرجع ذلك في الميراث او يبقى في يد المستأجر الى ان ينقضي اجارته؟ فكتب عليه السّلام: الى ان تنقضي اجارته(٣).

ولا دلالة فيها على البطلان، ولو كان بحضور المستأجر ورضاه.

ولا يبطل بالعذر مع امكان استيفاء المنفعة، مثل ان ضعفت الدابة، او خربت الدار في الجملة او مرض العامل، او مرض المستأجر، بحيث لايقدر على السفر، مع كون الاجارة مطلقة، فانّه يمكن الانتفاع بان يوجر الدابة غيره، ونحو ذلك، فتأمل.

قوله: ولا بالموت من المؤجر الخ. الظاهر أنّ الاقوال ثلاثة البطلان

---

(١) الوسائل الباب ٢٤ من ابواب احكام الاجارة الرواية٤.

(٢) وسندها ـ كما في الكافي باب من يواجر ارضاً الخ ـ هكذا محمّد بن يحيى عن احمد بن محمد عن علي بن محمّد عن يونس.

(٣) الوسائل الباب ٢٤ من ابواب احكام الاجارة الرواية٥، وفي الوسائل كما في الكافي احمد بن اسحق وفي الكافي (الرازي) بدل الراكانى والظاهر انه هو الصحيح لعدم العثورعلى اسحق الراكاني.

....

مطلقاً، وبموت المستأجر فقط، وكأنه ماذهب الى عكسه أحد، وعدم البطلان مطلقاً، الآ فيا استثنى كما سيجيء.

دليل الاخير اوضح وهو الاستصحاب، وعموم ادلة صحة العقد، ولزومه عموماً وخصوصاً، مثل صحيحة علي بن يقطين ومحمّد بن سهل المتقدمتين(١).

وأنه لاشك أنّ بالعقد صارت المنفعة ملكاً للمستأجر، والاجرة ملكاً للمؤجر، فينتقل الى الورثة لادلة الارث.

وأنّ ملك شخص لايزول عنه وعن ورثته، الآ بالدليل والمانع، ولا دليل هنا، وليس المانع فرضاً الآ الموت، وهو لم يصلح، اذ لامنافاة بين الملكية والانتقال الى الورثة بعد الموت.

ويدلّ عليه ايضاً رواية إبراهيم بن محمّد الهمداني قال: كتبت الى أبي الحسن صلوات الله وسلامه عليه، وسألته عن امرأة آجرت ضيعتها عشر سنين على ان تعطى الاجارة (الاجرة ـ خ) في كل سنة عند انقضائها، لايقدّم لها شيء من الاجارة (الاجرة ـ خ) مالم يمض الوقت فماتت قبل ثلاث سنين او بعدها، هل يجب على ورثتها انفاذ الاجارة الى الوقت ام تكون الاجارة منقضية بموت المرأة؟ فكتب عليه السّلام: ان كان لها وقت مسمّى لم يبلغ فماتت فلورثتها تلك الاجارة، فان لم تبلغ ذلك الوقت وبلغت ثلثه او نصفه او شيئاً منه، فتعطي ورثتها بقدر مابلغت من ذلك الوقت انشاء الله(٢).

ولا يضر عدم صحة سندها لأنّها مؤيّدة.

وهي تدلّ على جواز شرط تجزية الاجرة، وشرط تأخيرها عن العقد.

وبيان دلالتها على المطلوب، أنّها تدل على عدم البطلان بموت المؤجر

---

(١) راجع الوسائل الباب ٧ من ابواب احكام الاجارة الرواية ١.

(٢) الوسائل الباب ٢٥ من ابواب الاجارة الرواية ١ ج١٣ ص٢٦٨.

ولا بالعتق، ولا يرجع العبد بما بعد العتق، ونفقته على مولاه، على اشكال.

صريحاً وبموت المستأجر بالاجماع المركّب.

وما نعرف دليلاً على البطلان بموتهما سوى مانقل في الشرح من الاجماع، وانت تعلم ضعفه في مثله، ومايعرف على القول الفارق دليلاً، وعدم الدليل دليل العدم.

وأمّا استثناء أنّه اذا كان شرط استيفاء المنفعة بنفس المستأجر والاجير، فدليله ظاهر.

وكذا الموصى له بالمنفعة مدّة حياته، مثل الاجارة، ولكن هو بالحقيقة تلف احد الاركان.

وكذا استثناء العين المستأجرة وقفاً، بموت المؤجر، فانّه بمنزلة انقضاء المدة، لأنّه انما هو له الى حين موته.

ولكن استثني من بطلان اجارة الوقف بموت المؤجر، ما اذا مات الناظر الموجر لمصلحة الوقف او للبطون كلّها، فانّها لا تبطل حينئذ بموت الناظر، لأنّه حينئذ بمنزلة الوكيل، فلا موت للمؤجر حقيقة وهو ظاهر، وذكره بعض الاصحاب، فتأمّل.

قوله: ولا بالعتق الخ. أي اذا آجر عبده ثم اعتقه لم تبطل الاجارة بالعتق، لما تقدم، ولا يرجع العبد باجرة مابقي عليه من مدة الاجارة على السيّد، ولا على المستأجر، لأنّ الاجرة قد ملكها السيد في زمان كونه مالكاً له، والمنفعة انتقلت الى المستأجر، فصارت مملوكة له ايضاً بالعوض، فلا سبيل للعبد من الرجوع على احد منهما.

وأمّا لزوم نفقته في تلك المدة على السيّد ففيه اشكال، من أنّه أخذ منافعه، فما بقي له كسب ومنفعة، ونفقته من منفعته، فيلزم من له المنفعة، ولأنّ العبد

وتبطل بالبلوغ.

وتصح اجارة كلّ ماتصح اعارته.

المسلوب منفعته للسيد بمنزلة عبده، وللاستصحاب.

ومن أنّ النفقة انّما كانت واجبة عليه لكونه ملكاً له، وبعد العتق لاملك.

ويحتمل كونها على بيت المال، والزكاة، ومع التعذر على الاغنياء كفاية، كما قيل في العاجز (العاجزين ـ خ) عن الكسب والمرضى وغيرهم، ومعلوم أنّ البحث مع تقدير عدم وجوبها على المستأجر.

قوله: وتبطل بالبلوغ. يعني يجوز للولي اباً كان او جدّاً او وصيّاً او أمينه اجارة الاطفال مع المصلحة، ولكن بحيث لايكون زمان البلوغ بالسّن داخلاً في المدّة، فتبطل.

ويحتمل بطلان الزيادة فقط، وعلى القول بصّحة الفضولي يحتمل توقفه على اجازة الصبي بعد بلوغه ورشده، مع بقاء اصل الاجارة، بشرط بقاء شروطها.

واذا بلغ بالاحتلام ونحوه ورشد تبطل الاجارة فيما بقي من المدّة، اذ لا تسلط لاحد عليه حينئذ لاقبل البلوغ ولابعده، فيرجع المستأجر الى الولي بالنسبة الى اجرة تلك المدّة الباقية، وهو ظاهر.

ولكن يحتمل عدم البطلان، وكونه موقوفاً على اجازته بعد البلوغ والرشد، بناء على جواز الفضولي، كما هو مذهب المصنف.

فيمكن ان يراد بالبطلان عدم اللزوم، وبطلان العقد باعتبار لزومه، وقال في القواعد: هو مخيّر بين الامضاء والفسخ.

قوله: ويصحّ اجارة كلّ مايصحّ الخ. أي كلّما يصح اعارته من الاعيان للانتفاع بالمنفعة التي لا تكون عيناً يصح اجارتها ايضاً، لأنّ الاجارة تمليك المنفعة بعوض، والعارية بدون العوض، فلا فرق بينهما، فكل مايصحّ فيه احدهما يصحّ فيه الآخر.

والمشاع.

والمستأجر أمين، لايضمن الّا بالتفريط، او التّعدي، او تسليم العين بغير اذن.

ووجه قيد (التي لا تكون عيناً)، ظاهر فانّه قد نقل الاجماع في التذكرة وغيرها، على عدم صحة الاجارة عندنا اذا كان المنفعة المنتقلة عيناً، مثل لبن الشاة وثمرة بستان، ونحوهما، ولهذا ترك القيد.

فلا يرد عليه أنّه يجوز اعارة الشاة ونحوها ولا يجوز اجارتها، ولا يحتاج إلى الجواب بانّ المراد، غالباً، كما قاله المحقق الثاني، فتأمل.

قوله: والمشاع. أي يصح اجارة المشاع المشترك بينه وبين الغير، لعموم ادلة الاجارة، مع عدم صلاحية الاشاعة والشركة للمنع، وللاصل وعدم المنافاة، الّا انه لايسلّم العين المشتركة الّا باذن الشريك، واذا لم يأذن يرفع امره الى الحاكم، كما اذا نازع الشريكان.

وايضاً اذا لم يكن عالماً يمكن ثبوت الخيار للمستأجر، فتأمّل.

قوله: والمستأجر أمين الخ. يعني ليس يد المستأجر يد ضمان وغصب، يضمن بكل تلف، وعلى كل حال، بل يد امانة مالكية، للاصل، ولأنّه متصرّف باذن المالك، فلا يضمن المستأجرة ان تلفت الّا بالتفريط بترك مايجب عليه فعله، مثل سقيها وعلفها وحفظها على سبيل جري العادة، او بالتعدي بفعل مالايجوز له، مثل ان يحملها أكثر ممّا استأجر له، او تجاوز عن المسافة المشترطة، او ضربها فوق العادة ونحوها.

وجه الضمان مع احدهما(١) ظاهر، كوجه عدمه مع عدمها.

ويضمن ايضاً بتسليم العين المستأجرة الى غيره بغير اذنه في صورة لاتجوز.

---

(١) أي التفريط او التعدي.

لا بالتضمين.

وهو داخل في التعدى ايضاً.

ويمكن ان يكون المراد الضمان مع تسليمه العين المستأجرة الى المستأجر الثاني بغير اذن المؤجر، او تسليمها للانتفاع الى غيره، مع كون الاجارة لاستيفاء شخص معيّن، او مطلقاً، وان قيل بجواز التسليم الى الغير للانتفاع في المطلق، كما قيل بجواز اجارتها، وتسليمها الى المستأجر الثاني، مع كونه ضامناً، وقد مرّ تفصيله، فتذكر، وتأمّل.

قوله: لا بالتضمين. أي لايضمن المستأجر بان يشترط عليه المؤجر الضمان وان لم يفرّط لأنّه شرط مخالف لما ثبت شرعاً، وهو كون المستأجر اميناً لايضمن الّا بالتفريط، فلا يصح هذا الشرط.

ويمكن ان يبطل ببطلانه المشروط ايضاً، كما هو مقتضى الشرطية، ويحتمل بطلان الشرط فقط، والاوّل أوضح دليلاً، اذ الرضا ماوقع الّا بالشرط، وماحصل، وبدونه ماحصل.

وبالجملة الظاهر بطلان المشروط لبطلان شرطه، الّا ان يكون دليل على الصحة بخصوصها.

وعلى تقدير بطلان الشرط عدم الضمان معلوم، وكذا مع بطلان العقد ايضاً، للاصل، ولما تقرّر عندهم من أنّ كل مالايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده.

ويمكن ان يقال ادلة صحة العقود والشروط تقتضي صحة هذا الشرط ايضاً، وكونه شرطاً مخالفاً لما ثبت شرعاً غير ظاهر، اذ عدم الضمان بدون الشرط الّا مع التفريط لايستلزم كونه كذلك معه ايضاً، فتأمّل.

وفي رواية موسى بن بكر (دلالة على صحة الشرط والضمان) عن ابي الحسن عليه الصلاة والسّلام قال: سألته عن رجل استأجر سفينة من ملاح فحملها طعاماً واشترط عليه ان نقص الطعام فعليه؟ قال: جايز، قلت: إنّه ربّما زاد

ويصح خيار الشرط فيها.

ولو وجد بالعين عيباً فسخ، او رضي بالاجرة بكمالها، وان فاتت به بعض المنفعة.

الطعام؟ قال: فقال: يدّعي الملاح انه زاد فيه شيئاً؟ قلت: لا، فقال هو لصاحب الطعام الزيادة وعليه النقصان اذا كان قد اشترط عليه ذلك(١).

ويؤيّده جواز هذا الشرط والضمان معه في العارية، مع (و-خ) عدمه بدونه، فتأمّل.

قوله: ويصح خيار الشرط فيها. دليله عموم ادلة صحة الاجارة والشروط وعدم ظهور مايمنع، فيدخله خيار الشرط، سواء اشترط لهما او لاحدهما او لاجنبي، كما في البيع.

قوله: ولو وجد بالعين عيباً الخ. أي لو وجد المستأجر بعد الاجارة بالعين المستأجرة عيباً يوجب الردّ، وكان جاهلاً به حين العقد، يجوز له الفسخ، للعيب الموجب، ولعدم التكليف بالضرر جهلاً، وللتدليس، ولأنّ العقد يقتضي الصحيحة، فلا يلزم بدونها، فلو لم يلزم بطلانه فلا اقلّ ان لايلزم.

ولأنّه لو لم يكن الصحّة في الجملة اتفاقية كان البطلان رأساً متوجهاً، فيجب عدم لزومه.

وكذا له الالتزام بالعقد ايضاً، فانّه ينقص حقه، وله ذلك مع مصلحته، كما يفعل في غيره، ولما تقدم من عدم البطلان، فله الالتزام، وان فات بالعيب الموجود بعض منفعته، لأنّه تصرف في ماله باختياره.

---

(١) هكذا في جميع النسخ، ولكن في مستطرفات السرائر والوسائل نقلاً منه هكذا: موسى عن العبد الصالح عليه السّلام، قال: سألته عن رجل استأجر ملاحاً وحمله طعاماً في سفينته واشترط عليه ان نقص فعليه، (قال: ان نقص فعليه - ئل) قلت: فربّما زاد؟ قال: يدّعي انّه زاد فيه؟ قلت: لا، قال هو لك، راجع الوسائل الباب٢٧ من ابواب الاجارة.

ويجب على المستأجر سقي الدابّة وعلفها، فلو اهمل ضمن.
والقول قوله في القيمة مع التفريط.

وليس له الرضا والالتزام به مع الارش، كما قاله المحقق الثاني في البيع، لعدم الدليل، وقياسها على البيع باطل باصولنا، فتأمل.

قوله: ويجب على المستأجر الخ. قال في شرح الشرايع والقواعد إنّ المراد من مال المستأجر ثمّ رجحا عدم كونه من ماله، والقرينة على ذلك موجودة في القواعدحيث قال بعد ذلك: ولو قيل بوجوب العلف على المالك والنفقة على الأجير كان وجهاً.

يعني اذا استأجر دابة ولم يكن صاحبها معها والدابة في يده يجب على المستأجر سقيها وعلفها سواء شرطه عليه ام لا، لوجوب حفظ النفس، ومال الغير اذا كان تحت يد الانسان.

ولكن ينبغي ثبوت الرجوع الى المالك مع عدم الشرط المسقط، وعدم تبرّعه، فلو امكن إذنه يستأذن، والاّ فالحاكم، والاّ استشهد، والاّ قصد الرجوع.

والظاهر أنّه يقبل قوله في عدم التبرّع، لأنه فعله، وللاصل، فلو أهمل في ذلك ضمن بتلفها، بل بنقصها ايضاً، لأنّه مستندالى تقصيره،فيضمن،فتأمّل هذا.

ولكن في صورة شرط كون صاحبها معها، او العادة، تقتضي ذلك، ايجاب العلف والسقي على المستأجر والضمان مع الاهمال، خصوصاً اذا كان شخصاً ليس من شأنه ذلك تأمل، والاصل دليل قوي، وكذا كون المالك مقصّراً، فتأمل.

قوله: والقول قوله الخ. يعني المسموع قول المستأجر في مقدار قيمة العين المستأجرة مع التلف بالتفريط، بل في جميع الصّور التي يلزمه الضمان مع يمينه، لأنّه الغارم، وللاصل، وفي رواية ابي ولّاد الطويلة الصحيحة(١) اشارة اليه، وان كان

(١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب احكام الاجارة الرواية ١ وفيها: قال: قلت له (يعني لابي عبدالله ←

ويضمن الصانع كالقصّار، بحرق الثوب او بخرقه، والطبيب والختان والحجّام وغيرهم، وان كان حاذقاً، واحتاط واجتهد، ولو تلف في يده من غير سببه (سبب ـ خ) فلا ضمان.

فيها مايشعر بان القول قول صاحب المال، والاصل دليل قويّ، فتأمل.

قوله: ويضمن الصائغ (خ ـ ل الصانع) الخ. أي يضمن الصائغ اذا تلف او نقص ما في يده بسببه كحرق الثوب وخرقه في يد القصّار (بعمله ـ خ) وتلف المريض بدواء الطبيب، وما يتلف بفعل الختان والحجّام، وغيرهم، وان كان كل واحد منهم حاذقاً واحتاط واجتهد.

والظاهر أنّه يدخل في التلف بدواء الطبيب، ما اذا علم ترتب التلف بالسّقي بامره، وان لم يباشر السقي بيده، لامجرد وصفه أنّ الشيء الفلاني نافع لمرض كذا، أوالمرض الحاضر، مع الاحتمال في الأخير، اذ بحسب الظاهر يقال انه تلف بدوائه، والمتعارف من عمله ذلك، لا الالزام او السقي، بل تعيين المرض ووصف دواء نافع له، والاصل يقتضي العدم، حتى يتحقق بالدليل.

والظاهر أنّ دليل الكل هو الاجماع المدّعى في شرح القواعد وشرح الشرايع وأنّ الا تلاف الغير المأذون في الا تلاف موجب للضمان.

والظاهر عدم صدقه في مادّة الطبيب ونحوه(١)، ولا نعلم دعوى الاجماع فيه، الّا مع المباشرة، فيحتمل الضمان بها وبالامر ايضاً، لاغير، فتأمل.

ويؤيد العدم في الطبيب ونحوه أنه قديجب عليه الطبابة وكذا الختان، كما اذا

عليه السّلام) ارأيت لو عطب البغل ونفق اليس كان يلزمني؟ قال: نعم قيمة بغل يوم خالفته، قلت: فان اصاب البغل كسر او دبراًوغمز.فقال: عليك قيمة مابين الصحة والعيب يوم تردّه عليه، فقلت: من يعرف ذلك، قال: انت وهو، إمّا ان يحلف هو على القيمة فيلزمك، فان ردّ اليمين عليك، فحلفت على القيمة، لزمه ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون انّ قيمة البغل حين اكترى كذا وكذا، فيلزمك الخ راجع تمام الحديث.

(١) لايخفى انه ليس في شرح الشرايع لفظ الطبيب.

....

كان واجباً على المختون، قيل فلا اجرة له حينئذ كما صرح به في القواعد، فانّ التضمين مع الايجاب بعيد، وهو جار في كثير من الامور، فتأمل.

ويدل على ضمان الصائغ المفسد، الرواية، مثل حسنة الحلبي (لابراهيم) عن ابي عبدالله عليه السّلام قال: سئل عن القصار يفسد؟ فقال: كلّ اجير يعطى الاجرة (الاجر ـ كايب) على ان يصلح فيفسد، فهو ضامن(١).

ويمكن ادخال الطبيب والبيطار الذين يريدان الأجر، ونحوهما فيها.

وهي تدل على عدم الضمان على المتبرع، بالمفهوم، فتأمل.

وكذا رواية السكوني وأبي الصباح وغيرهما(٢).

وقال في القواعد: ويضمن الصانع مايجنيه وان كان حاذقاً، كالقصّار بخرق الثوب، والحمّال بسقط حمله عن (على ـ خ) رأسه، اويتلف بعثرته، والجمّال يضمن مايتلف بقوده وسوقه وانقطاع حبله الذي شدّ به حمله، والملاح يضمن مايتلف من يده او جذفه (٣) او مايعالج به السفينة، قال في شرحه: للنصّ والاجماع في ذلك، فتأمّل فيه.

وأمّا اذا تلف شيء في يد الصائغ ونحوه بغير فعله فلا يضمن، الا مع التفريط كمامرّ، ودليله الاصل، وكونه أميناً.

ويدل عليه صحيحة معاوية بن عمار عن أبي عبدالله عليه الصلاة والسّلام

---

(١) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب احكام الاجارة الرواية١ وسندها ـ كما في الكافي ـ في باب ضمان الصّناع علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن حماد، عن الحلبي.

(٢) راجع الوسائل الباب ٢٩ من أبواب احكام الاجارة الرواية ٦ و ٨ وغيرهما من روايات الباب فراجع.

(٣) يقال: جذف الملاح السفينة، ساق السفينة بالجذاف، الجداف بالدال المهملة وبالذال المعجمة خشبة طويله مبسوطة احد الطرفين تسير بها القوارب القارب السفينة الصغيرة جمع قوارب (اقرب الموارد).

....

قال: سألته عن الصّباغ (القصّار ـ خ) والصائغ؟ فقال: ليس يضمنان(١).

وقد حملها الشيخ(٢) على انّهما اذا كانا مأمونين، وأمّا مع التهمة فيضمن.

ويدل عليه روايات كثيرة، مثل صحيحة الحلبي (على الظاهر) عن أبي عبدالله عليه السّلام قال في الصائغ والقصّار ما سرق منهم من شيء فلم يخرج منه على أمر بيّن أنّه قد سرق فكل قليل له او كثير فهو ضامن وان فعل فليس عليه شيء وان لم يفعل ولم يقم عليه البيّنة وزعم انه قد ذهب الذي ادّعى عليه فقد ضمنه الّا ان يكون له على قوله البيّنة وعن رجل استأجر اجيراً فاقعده على متاعه فسرقه؟ قال: هو مؤتمن(٣).

وصحيحة أبي بصير (على الظاهر) قال: سألته (عن أبي عبدالله عليه السّلام كا ـ ئل) عن قصّار دفعت اليه ثوباً فزعم أنّه سرق من بين متاعه؟ قال: فعليه ان يقيم البيّنة أنّه سرق من بين متاعه، وليس عليه شيء، وان سرق متاعه (كلّه ـ كا) فليس عليه شيء(٤).

وصحيحة داود بن سرحان (الثقة) عن أبي عبدالله عليه الصلوة والسّلام في رجل حمل متاعاً على رأسه، فاصاب انساناً فمات او انكسر منه شيء، فهو ضامن(٥).

---

(١) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب احكام الاجارة الرواية١٤ وفي التهذيب والوسائل الصبّاغ والقصار.

(٢) يعني بعد نقل الرواية في التهذيب.

(٣) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب الاجارة الرواية ٢ و٣ نقلاً من الكافي مع اختلاف في بعض العبارات ولكن أثبتناه مطابق لما في التهذيب.

(٤) الوسائل الباب ٢٩ من أبواب احكام الاجارة الرواية٥.

(٥) الوسائل الباب ٣٠ من ابواب احكام الاجارة الرواية ١١.

....

فحمل المطلق على المقيد لوجود القيد في روايات كثيرة مثل رواية أبي بصير عن أبي عبدالله عليه الصلاة والسّلام قال: لايضمن الصائغ ولا القصّار ولا الحائك الّا ان يكونوا متهمين الحديث(١).

وصحيحة أبي بصير عن ابي عبدالله عليه السّلام قال: كان علي عليه السّلام يضمّن القصّار والصائغ يحتاط به على اموال الناس وكان أبوجعفر عليه السّلام يتفضّل عليه اذا كان مامونآ(٢).

وحسنة الحلبي عن ابي عبدالله عليه الصلاة والسّلام قال: كان على عليه السّلام يضمّن القصّار والصائغ احتياطاً (للناس كا ـ ئل) وكان أبي يتطوّل عليه اذا كان مأموناً(٣).

وصحيحة محمّد بن الحسن الصفّار قال: كتبت الى الفقيه عليه السّلام في رجل دفع ثوباً الى القصّار ليقصّره فيدفعه (ودفعه ـ ئل) القصّار الى قصّار غيره ليقصّره فضاع الثوب، هل يجب على القصّار ان يردّه اذا دفعه الى غيره وان كان القصّار مأموناً؟ فوقّع عليه السّلام: هو ضامن له الّا ان يكون ثقة مأموناً انشاءالله(٤)(٥).

وهذا الجمع غير بعيد، وحاصله أنه يرجع الى أنّه ان ظهر التلف فلا يكونون ضمناء والّا فيكونون ضمناء، ويشعر به رواية أبي بصير المتقدمة، ولا يبعد ايضاً الجمع على الاستحباب، والاحتياط كما يشعر به بعض الروايات(٦).

---

(١) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب احكام الاجارة الرواية١١.

(٢) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب احكام الاجارة الرواية١٢.

(٣) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب احكام الاجارة الرواية٤.

(٤) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب احكام الاجارة الرواية١٨.

(٥) في هامش بعض النسخ المخطوطه هكذا: فيها دلالة على جواز الدفع وعدم الضمان (بخطه رحمه الله).

(٦) قد تقدم ذكره آنفاً.

ولا يضمن الملاح والمكاري الآ بالتفريط.
وضمان مايفسده المملوك على مولاه الموجر.

قوله: ولا يضمن الملاح والمكاري الآ بالتفريط. يعنى اذا تلف شيء في يد الملاح وسفينته او المكارى -لا بسبب منهما، ولو بتقصير في اسبابهما، مثل قطع حبل حمل الجمال، وكون وعائه مخروقاً عتيقاً، وكذا مثل كسر خشب السفينة لكونه عتيقاً او مكسوراً، وعدم معرفة صاحبها او قلّة عمّالها عادة، بحيث يعجز عن علاجها، ونحو ذلك ممّا يستند اليهما عادة، فيكون ذلك داخلاً في التفريط، فيضمنان -لم يضمنا الآ مع التفريط.

وقد مرّ مايمكن استفادة دليله منه، فافهم.

قوله: وضمان مايفسده الخ. أي يضمن المولى المؤجر عبده للطبابة والحجامة والختانة ونحوها، ممّا يتعلق برقبته، بمعنى أنّه ان شاء فكه فداه باقلّ من ارش جنايته وقيمته، وان شاء سلّمه الى المجنى عليه او ورثته.

لعلّ وجهه واضح، حيث انّه فعل فعلاً مضموناً باذن مولاه، فيتعلّق به الجناية، فان اراد المولى دفعه لايكلّف باكثر من ذلك، للاصل، وعدم ضمانه بنفسه، وان دفع قيمته وان كان اقلّ من ارش جنايته لايكلّف باكثر من ذلك، اذ العبد لايجنى اكثر من قيمته، وهو مقرّر عندهم.

وأمّا اذا كان قصّاراً، خرق الثوب ونحوه، ممّا لم يتعلّق برقبته، فيمكن كونه مثل ماتقدم، لما تقدم.

ويحتمل كونه متعلقاً بذمّته يتبع به متى يعتق، فيؤخذ منه، كما اختاره في شرح القواعد.

والفرق غير واضح، على أنّه يلزم الضرّر على مالك الثوب، فانّه قد يتعمد العبد ذلك، وقد يفرط، فيسرق، فيفوت ماله، ولا ينعتق او ينعتق بعد موته، او ينعتق ويكون فقيراً والمولى قد دلس حيث اقام عبده باذنه، يفعل امثال هذه

ولا يضمن صاحب الحمّام الّا مايُودع ويفرّط فيه.

الامور، بحيث يشعر بانه يترتب الضمان عليه بالفعل، خصوصاً مع الجهل بأنّه عبد، او بالمسألة، الّا ان يقال انه قصر في التفتيش، وحينئذ الفرق مشكل، وظاهر المتن عدم الفرق، فتأمل.

قوله: ولا يضمن صاحب الحمّام الخ. عدم ضمان الحمّامي اذا لم يودع ظاهر، فانّ احداً لايضمن مال الغير بمجرد تلفه عنده، وان ظنّ صاحبه أنّه يحفظه، مالم يودعه عنده، ويقبل ثم يفرّط، بل ولايضمن بمجرد قول صاحب الثياب إنّ هذه الثياب احفظها، ولم يردّ الجواب، مالم يقبل، للاصل،وكون السكوت اعم.

وأمّا عدمه اذا قبل ولم يفرّط، فلأنّه امين، وللاصل، ولما مرّ.

ولما في رواية غياث بن ابراهيم عن جعفر عن ابيه عليهما السّلام ان علياً عليه السّلام اتى بصاحب حمام وضعت عنده الثياب فضاعت ولم يضمّنه وقال: انما هو امين(١).

ظاهرها أن مطلق الحمّامي امين لايضمن الّا بالتفريط، او التعدّي، وأمّا الضمان مع القبول والتفريط فللتفريط فهو خائن فيضمن، كغيره، وفيما تقدم دلالة عليه ايضاً.

ثم اعلم أنّه قد استثنى في القواعد التلف بفعل الطبيب والكحّال، اذا اخذ البرائة من البالغ العاقل، ووليّ الطفل والمجنون.

لما روى عن علّي عليه الصلاة والسّلام من تطبّب او تبيطر فليأخذ البراءة من صاحبه (وليه ـ ئل) والّا فهو له ضامن(٢).

وقال في شرحه وكذا الختان والحجّام (خ)، وقال في التحرير: ولو لم يتجاوز

(١) الوسائل الباب ٢٨ من ابواب احكام الاجارة الرواية١ وفيه غياث بن إبراهيم عن أبي عبدالله عليه السّلام الخ.

(٢) الوسائل الباب ٢٤ من ابواب موجبات الضمان الرواية١ (من كتاب الديات) (ج١٩ ص١٩٤).

....

محل القطع مع حذقهم في الصنعة، فاتفق التلف فانّهم لايضمنون.

وهذا صحيح، وان لم يكن التلف مستنداً الى فعلهم.

الاستثناء(١) غير بعيد، وان لم تكن الرواية معلومة السند، بل وجودها في اصولنا،فتكون عامية لأنّها مؤيّدة للأصل والنص، والاجماع غير ظاهر، في صورة البراءة، ولانّ في الضمان دائماً سدّ باب العلاج، اذلو علم ذلك طبيب مثلاً، بعيد ان يرتكب ذلك، وان كانت البراءة عمّا لم يجب.

وأنّ الحقّ قد يكون متعلقاً بغير الذي ابرأ الذمّة.

لكن غير بعيد تجويزه هنا للضرورة، وللرواية، وعدم القطع على عدم حصول البراءة، عما لم يجب، والعقل يجوزه، وانّ الضرر واقع بالفعل على المبرء فله الابراء، والوليّ بمنزلته، فتأمّل، واحتط.

وايضاً قول التحرير غير بعيد، وان علم استناد التلف الى فعلهم، اذا لفرض أنّهم فعلوا فعلاً جوّز لهم ولم يتعدوا ولم يخطأوا اصلاً بل فعلوا مجرّد الفعل المجوز مع فرض عدم الخطاء والعمد بوجه، ولكن علم أنّ التلف يترتب على الفعل المجوّز الغير المخطأ فيه، فكان فعلهم ذلك في الواقع سبباً لذلك، وقد اذن فتضمينهم بعيد.

والاجماع والنص المدعى غير معلوم دلالتها عليها، فانّهما مجملان على تقديرهما، والاصل دليل قوىّ، فلا يبعد مثله في الطبيب ونحوه، بل الصائغ بان فرض أنّه مافرط ولا تعدّي في القصر والصبغ بوجه اصلاً، الّا أنّه كان الثوب بحيث لو لم يصبغ ولا يقصر لم يمزق فكان الثوب متهيّاً لقبول ذلك، فصبغه وقصره بالاذن بمنزلة كونهما من المالك والوكيل، فالضمان هنا ايضاً بعيد، كمامرّ.

---

(١) يعنى استثناء التلف مع اخذ البرائة.

ونفقة الأجير المنفذ في الحوائج على المستأجر، الّا مع الشرط.

هذا مع ثبوت كونه كذلك إمّا بالشهود او اقرار المالك، وحينئذ يبعد الضمان، اذا علم أنّ الثوب ليس بقابل لهما بل هنا فقط من غير فعل يفسدانه.

نعم اذا لم يعلم او علم استناده اليهما يحتمل الضمان لما تقدم، ويمكن حمل ادلة الضمان عليه وغيرها على عدمه، وهذا جمع لابأس به، وغير بعيد عن الادلة، وكلامهم.

قوله: ونفقة الاجير المنفذ الخ. الظاهر أنّه لاخلاف بين المسلمين في جواز اجارة الآدمي حرّاً او مملوكاً مذكّراً او مؤنثاً، الّا أنّ في المؤنث يحرم على المستأجر جميع مايحرم عليه قبلها حتى النظر.

قال في شرح القواعد ولا فرق في جواز الاجارة بين الامة والحرة والعجوز والشّابة وقبيح المنظر والحسناء.

ونقل تحريم الخلوة بها عن التذكرة، واستثنى هو من يريد العقد عليها، فيه تأمّل.

وقد استثنى في متن القواعد والشرح النظر الى الأمة باذن المولى، وما فهمت دليل ذلك، فانّه ليس بعقد ولا ملك ولا تحليل، الّا ان يجعل الاذن تحليلاً، او من قبيل النظر لمريد النكاح والشراء فتأمل.

ولا شك في بقاء تحريم ماكان لان عقد الاجارة ليست بمحلّلة، الّا الخدمة والعمل، لاتحليل ماحرّم، فكلّما كان محرّماً قبل العقد يبقى على حاله، وهو ظاهر.

والظاهر أنّه لانزاع ايضاً للانفاذ في حوائجه على الاجمال، فانّه ينصرف عرفاً الى ما هو المتعارف المقدور له واللائق بمثله من حوائج المستأجر، وعموم ادلّة الاجارة يدلّ عليه، مع عدم ظهور مانع صالح، وان كان مايشترطون من العلم، ويدققون فيه، يقتضي عدم مثلها حتى يعيّن، فانه قال في القواعد والتذكرة: لايجوز الاستيجار بنفقته وطعامه مالم يعيّن، اذالم يكن على المستأجروكذابها وبغيرها للجهالة.

....

ولم يكتفوا بالعرف في ذلك، بل قال فيها: ولايجوز بارطال من الخبز لعدم جواز السلم عند نافيه، فلايجوز الاجارة.

وقال: ولو استاجر اجيراً بطعامه وكسوته فان قدّرا ذلك وعلماه صحّ العقد، وان لم يقدّ راه بطل العقد (الى قوله): ولا فرق بين ان يستأجره بالنفقة والكسوة ويطلقهما، وبين ان يجعلها جزءً من الاجرة واذا استأجره بهما صحّ اجماعاً، ووصفهما كما يوصف في السلم، وان لم يشترط طعاماً ولا كسوة فنفقته وكسوته على نفسه(١).

فقد علم أنّه لابد من تعيينها بالكيل والوزن ونحوهما مع الوصف، اذا لم تكن حاضرة فيه، فتأمل.

وايضاً الظاهر أنّه يجوز استيجاره بان يكون جميع منافعه للمستأجر، لماتقدم، وللروايات المشعرة بالجواز، والانعقاد مع الكراهة.

مثل رواية المفضل بن عمر (في الكافي) قال: سمعت اباعبدالله عليه السّلام يقول من آجر نفسه فقد حظر على نفسه الرزق(٢).

ورواية عمار الساباطي (في الفقيه والكافي) قال: قلت لابي عبدالله عليه السّلام الرجل يتجّر وان (فان ـ ئل) هوآجر نفسه أعطى اكثر ممّا يصيب في تجارته(٣) قال: لايؤاجر نفسه، ولكن يسترزق الله جلّ وعزّ ويتجّر، فانّه ان (اذا ـ ئل) آجر نفسه حظر على نفسه الرّزق(٤).

---

(١) انتهى مافي التذكرة ملخصاً.

(٢) الوسائل الباب ٢ من ابواب احكام الاجارة الرواية١ والباب ٦٦ من ابواب مايكتسب به الرواية١ (من كتاب التجارة) ج١٢ ص١٧٥).

(٣) وفي الكافي والتهذيب اعطى مايصيب في تجارته.

(٤) الوسائل الباب ٦٦ من ابواب مايكتسب به الرواية١.

....

وروایة محمّد بن سنان (فیهما) عن أبي الحسن علیه الصلوة والسّلام قال: سألته عن الاجارة؟ فقال صالح لابأس به (بها ـ خ) اذا نصح قدر طاقته وقد آجر نفسه موسى بن عمران علیه السّلام واشترط فقال: ان شئت ثمانیة (ثمانیاً ـ یب) وان شئت عشراً، فانزل الله تعالى فیه: عَلى أنْ تأجرني ثماني حجج فإنْ اتَممتَ عَشْراً فَمِنْ عِنْدِكَ (١).

ولا یضرّ عدم صحة السند لأنّها مؤیّدة، ولوجودها في الفقیه المضمون.

والاخیرة تدل على أنّ الجهالة في المدّة ایضاً في الجملة لا تضر، وأنّ معنى الآیة ذلك، وأنّ حكمها باق في شریعتنا، بل حجیّته شرع من قبلنا في الجملة.

والكلّ یدلّ على جواز الاجارة مطلقا، وحیازة المباحات، مثل الماء والكلاء والسّمك، فتدل على عدم ملكیّتها بمحض الحیازة كما تقدم، فتذكر، فتأمّل.

ثم (انّ ـ خ) الظاهر أنّ نفقة الأجیر على نفسه كما اختاره المصنف في التذكرة بل في القواعد أیضاً.

وجهه ظاهر فانّ العقد انّما وقع على العمل، واجرة معیّنة، فاقتضاء غیرهما یحتاج الى دلیل، ولادلیل.

نعم لو كان هناك عادة مستمرة او قرینة صریحة في ذلك، اوشرطت، تلزم المستأجر، لذلك.

ویمكن حمل روایة سلیمان بن سالم على ذلك (ان سلّمت صحتها ودلالتها) رواها في الكافي عن محمّدبن یحیى عن احمد بن محمّد، عن العباس بن موسى، عن یونس، عن سلیمان بن سالم، قال: سألت أباالحسن علیه الصلوة والسّلام عن رجل

---

(١) الوسائل الباب ٦٦ من ابواب مایكتسب به الروایة٢ والآیة الشریفة في القصص:٢٨.

....

استأجر رجلاً بنفقة ودراهم مسمّاة، على ان يبعثه الى ارض، فلمّا أن قدم أقبل رجل من اصحابه يدعوه الى منزله الشهر والشهرين فيصيب عنده مايغنيه عن نفقة المستأجر فنظر الاجير الى ماكان ينفق عليه في الشهر اذا هولم يدعه فكافاه به الذي يدعوه فمن مال مَنْ تلك المكافاة؟ أمن مال الاجير او من مال المستأجر؟ قال: ان كان في مصلحة المستأجر(١) فهو من ماله، والّا فهو على الاجير، وعن رجل استأجر رجلاً بنفقة مسمّاة ولم يفسّر (يعيّن-خ يب) شيئاً على ان يبعثه الى أرض أخرى، فما كان من مؤنة الاجير من غسل الثياب والحمّام فعلى من؟ قال: على المستأجر(٢).

وانت تعلم مافي السند من اشتراك يونس، والظاهر أنّه ابن عبدالرّحمن، فانّه قيل في العباس بن موسى انّه من اصحاب يونس، كأنّه الذي هو صاحب الاصحاب، ولأنّه المشهور.

ولجهالة سليمان فانّي مارأيته.

وكذا ما في الدلالة فانّها صريحة فيما اذا استأجر بالنفقة، فهى فيما اذا اشترط على المستأجر.

على أنّ هذه الرواية مشتملة على امور لايقول الاصحاب بها، مثل كون النفقة مجملة، وكون عوض ماأكل من مال من دعاه على المستأجر، اذا كان الذي دعاه واطعمه في مصلحته، والّا فمن مال الاجير.

وانّ غسل الثياب واجرة الحمّام داخل في النفقة وهم يشترطون تعيين النفقة، كمامرّ ويقولون انّها تلزم المستأجر على تقدير كونها شرطت، او اجرة، سواء أكل الاجير من ماله اوغيره.

---

(١) في النسخ المخطوطة ان كان ينفق عليه في مصلحة الخ.

(٢) الوسائل الباب ١٠ من ابواب الاجارة الرواية ١.

ولا يضمن الأجير لوتسلمه صغيراً أو كبيراً حرّاً أو عبداً.
ولو امره بعمل له اجرة بالعادة فعليه الاجرة، وإلّا فلا.

وأنّه لامكافاة، لانّه متبرّع، فان كان المكافي يتبرع، فمن ماله.

وأنّ دخول اجرة الغسل والحمّام غير معلوم دخولها في النفقة المشترطة، ولهذا يحصل التردّد في وجوبها على الزوّج ونحوه لمن وجب عليه نفقته.

ولا يبعد ذلك، فانّ الظاهر أنّهم يريدون بها مايحتاج إليه الانسان غالباً، ولهذا يجب الكسوة والمسكن، فتأمل.

فجعل هذه فقط ـ اومنضماً بقولهم انّ الاجيراذا استوعب عمله المستأجرفابقى له زمان كسب النفقة، فيكون عليه دليلاً على ايجابها على المستأجر، مع عدم الشرط، وعدم كونها اجرة، والفتوى به كما نقل عن جماعة من اصحابنا ـ محل التأمل، لما مرّ وجواز كون نفقته من اجرته، وهو ظاهر، ولعلّ لهم دليلاً غير هذا.

قوله: ولا يضمن الخ. أي لايضمن المستأجر ومن يقوم مقامه لأجير (الاخير ـ خ) اذا تسلمه وقبضه واستعمله في العمل الذي عليه، مطلقا حرّاً كان او مملوكاً صغيراً كان او كبيراً، وسواء كان كان برضاه و(او ـ خ) رضا وليّه وعدمه.

ويمكن اشتراط اذن المولى والولي، والظاهر العدم بعد العقد ولزوم التسليم والعمل، ودليله الاصل، وعدم الموجب.

قوله: ولو امره بعمل له اجرة الخ. هذا الحكم مشهور (و ـ خ) يحتمل ان يكون مجمعاً عليه.

ولعل سنده اقتضاء العرف فانّه يقتضي ان يكون مثل هذا العمل بالاجرة، فالعرف مع الأمر بمنزلة قوله: اعمل هذا ولك علي الاجرة، فيكون جعالة او اجارة بطريق المعاطات مع العلم بالاجرة، ولو كان من العادة مثل اجرة الحمّالين، ويبعد كونها اجارة باطلة.

وينبغي تقييده بأنّ المأمور ايضاً ممّن يأخذ الاجرة، ويمكن ادخاله في

والقول قول منكر الاجارة، وزيادة المدة، والمستأجر والردّ(١) ومنكر زيادة الاجرة والتفريط.

وقول المالك لو ادّعى قطعه قباءً، وادّعى الخيّاط قيصاً.

العمل، فتأمل.

ولو لم يكن عرف يقتضي الاجرة لا اجرة له، وهو ظاهر.

ولا ينظر إلى أنّ الاصل عدم الأجرة والأمر اعمّ من كونه بالاجرة ام لا، لماتقدم، والاحتياط ايضاً يقتضيها.

قوله: والقول قول منكر الاجارة الخ. كأنّه قد ثبت بالنّص والاجماع بل العقل ايضاً أنّ القول قول المنكر.

ولكن لابد من اليمين للاوّلين، وهذا واضح، في انكار اصل الاجارة، وانكار الردّ والتفريط، وكذا في زيادة المدّة والاجرة، لأنّ الأقل داخل في الأكثر فبعد بطلان الأكثر لانزاع في ثبوت الاقل، ولأنّه متفق عليه، ولأنّ دعوى الزيادة بمنزلة دعوى الاجارة، فالقول بالتحالف ـ كما قال به المحقق الثاني ـ بعيد.

والظاهر ما ذكره المصنف رحمه الله لمامرّ، وللاصل.

وأما في المستأجر فالظاهر فيه التحالف لأنه بانكار احدهما وحلفه لم ينقطع الدعوى والنزاع، اذ قد ينقلب المنكر الحالف، ويدعّي الاستيجار في العين. الآخر(٢)، فلابد من سماع دعواه، وردّه على وجه شرعي، وليس الّا بان يكون القول قول منكره مع اليمين.

وكذا هو الظاهر في دعوى قطعه قباءً وقيصاً.

ولعلّ المصنّف لم يذكر التحالف، بناءً على عدم دعوى الآخر.

---

(١) هكذا في جميع النسخ، ولعلّ الصواب: في الردّ.

(٢) هكذا في جميع النسخ، ولعلّ الصواب، الأخرى.

وكلما يتوقف استيفاء المنفعة عليه فعلى المؤجر، كالخيوط على الخيّاط، والمداد على الكاتب.

وعلى المؤجر تسليم المفتاح، فان ضاع فلا ضمان، وليس على المؤجر ابداله.

وامّا مع دعواه فالظاهر التحالف، فتأمل.

وبعد التحالف لا تثبت الاجرة للخياطة (للخيّاط ـ خ) بل يلزمه ارش نقص الثوب عمّا كان، وله فك ماخاطه مع ضمان النقص واخذ خيوطه ان كان له، والّا فيضمنه ايضاً.

قوله: وكلما يتوقف استيفاء المنفعة عليه فعلى الموجر الخ. الظاهر أنّ المرجع في هذه الامور الى العرف والعادة المستمرة ان كانت، والّا فينبغي الشرط فإنّ العادة الآن أنّ الخيوط على صاحب الثوب، كالكاغذ لصاحب الكتاب، بخلاف المداد والقلم، والابرة فانّها على العامل.

ولعلّ كلام المصنف في كون الخيوط على الخياط، بناء على عرف زمانه وبلده، ومعلوم أنّ المراد بـ(كلّما يتوقف استيفاء المنفعة عليه على الموجر) غير العين الذي يعمل فيه، وان توقف العمل عليه ايضاً، مثل الكاغذ الذي يكتب عليه، والثوب الذي يخيطه.

قوله: وعلى المؤجر تسليم المفتاح الخ. وجه وجوب تسليم المفتاح ـ للغلق الذي منصوب على الباب و داخل في المستأجر، على المؤجر ـ ظاهر، لأنّه من تتمة الانتفاع وكمال التسليم التامّ.

ولكن لوضاع فلا ضمان على المستأجر بان يعطي عوضه، بل عليه إنّ فرّط أن يضمنه للمالك كاجزاء العين.

فلعل قوله: (فان ضاع فلا ضمان) مقيّد، بعدم تفريط المستأجر في الحفظ،

ولو عدل من الزرع الى الغرس تعين اجرة المثل، ولو عدل من (حمل ـ خ) خمسين رطلاً الى مأة تعين المسمى، وطلب اجرة المثل للزيادة.

حتى ضاع.

ويحتمل ان يكون المراد نفي الضمان عن المؤجر، ولكن يصير قوله: (وليس على المؤجر ابداله) مستدركاً، ويكون عطفاً تفسيرياً.

قوله: ولو عدل من الزرع الى الغرس الخ. يعني لايجوز للمستأجر ان يعدل عما شرط عليه، فان آجر ارضاً للزرع فغرس فيها، فعل حراماً، وعليه اجرة المثل للغرس، لا المسمّى للزرع، بل ارش نقص الارض، وقلع الاشجار وطمّ الحفر واستواء الأرض، كما كان.

ولو عدل من حمل خمسين الى حمل مأة فيأثم، ولكن لايلزمه اجرة مثل المأة، بل له المسمّى للخمسين، واجرة مثل الزيادة وهي خمسون.

والفرق أنّه هنا ماخرج عمّا شرط بالكليّة بل عمل به، وتعدى، وزاد عليه، فالذي فعل من المشروط ليس عليه الّا ماشرط له، ولابد للزيادة الغير المشروطة من اجرة مثله، كما اذا استأجره الى مكان فذهب، اليه، وتعدّى منه، وكذا في جميع الصور التي يكون الاصل جزءاً مما فعل.

ويحتمل هنا ايضاً اجرة المثل لعدم اتيانه بماشرط لأنّه الخمسين(١) فقط، وقد يتفاوت، فانه قد يكون لكل خمسين خمسين، اجرة قليلة، ويكون للمأة أجرة اضعاف مضاعف اجرتها، وهوظاهر في الجزء القليل جدا، فانه لا اجرة لكل حبّ حبّ في التّغار ولجميع الحبوب فيه، اجرة كثيرة.

ويحتمل الرجوع الى الأكثر أجرة، وجعل التخيير في ذلك الى الموجر.

---

(١) هكذا في جميع النسخ، ولعلّ الصواب، الخمسون.

....

فمع تعيين كون المستأجر راكبا كيف له ان يركب غيره، مع أنّهم قيدوا الجواز بعدم التخصيص، وهو تخصيص.

لعلّها مبنية على الجواز مع الوصف، ولكن مع عدم القيد بالوصف الذي يقوم مقام المشاهدة، فانّ ذلك غير ممكن فيحمل كلامهم على المبالغة.

ويحتمل ان يكون على تقدير الاكتفاء بوزن الراكب.

ولكن ذكروا في دليل اشتراط المشاهدة اختلاف الناس بكثرة الحركات وشدّتها وقلّتها وكثرة السكنات، وضبطها بالوصف والوزن بعيد بل لايمكن، بل بالمشاهدة ايضاً قد لايعلم، فكأنّهم يريدون المبالغة، او ارادوا بالتخصيص ذكر ان لايركب غيره، وهو ايضاً بعيد، اذ (وخ) الظاهر أنّ بعد تعيين الراكب لايتعدى الى غيره، وان لم نقل ذلك، اذ قوله: تركب انت مثلاً، لايقتضي الّا ايّاه.

وان كان هو ظاهر صحيحة علي بن جعفر عن اخيه أبي الحسن موسى عليهم السّلام قال سألته عن رجل استأجر دابّة فاعطاها غيره، فنفقت فما عليه؟ قال: ان كان اشترط (شرط ـ ئل) ان لايركبها غيره فهو ضامن لها، وان لم يسمّ فليس عليه شيء(١).

لكن الظاهر أنّ المراد ذلك، ويشعر به قوله عليه السّلام: (وان لم يسمّ) وهو ظاهر.

ثم انّ ظاهر هذه الرواية عدم التفصيل بين الأثقل والمساوي والأخف، فمقتضاها جواز الاركاب وعدم الضمان مطلقا، الا مع التعيين والشرط، فانّ ترك الاستفصال دليل العموم، فهي بظاهرها تدل على عدم اشتراط المشاهدة، بل الوصف المذكور ايضاً، بل العمل بظاهر الحال فانّه يستأجر لنفسه او مثله تخميناً

(١) الوسائل الباب ١٦ من ابواب الاجارة الرواية ١.

ولو عدل من الأثقل ضرراً الى الأخف، لم يكن له الرجوع بالتفاوت.

ولو استأجر دابّة معيّنة للركوب فتلفت، انفسخت، ولو استأجر

ويمكن حمل كلامهم ـ وبعض الروايات مثل صحيحة أبي ولّاد (الحناط ـ خ) الطويلة(١) المشتملة على الاحكام الكثيرة، فيمن تعدّى من المكان المشترط الى مكان آخر، بلزوم المسمّى واجرة الزيادة ـ على الغالب والاكثر، فتأمّل.

قوله: ولو عدل من الأثقل الخ. وجه أنّه لم يكن للمستأجر حينئذ الرجوع ـ بالتفاوت بين ما استأجر عليه من الثقيل وبين ماحمله من الخفيف ـ ظاهر، فانّه لو لم يحمل اصلاً مع مضى المدّة، لم يكن يرجع على شيء، بل كان عليه الاجرة تامّة، فهنا بالطريق الاولى.

قوله: ولو استأجر دابّة معينة للركوب الخ. دليل انفساخ العقد ـ بموت الدابّة المعيّنة ـ واضح، وهو استحالة استيفاء تلك المنفعة من غيرها، بخلاف مالو استأجر للركوب على دابّة الى محلّ من غير تعيينها في العقد، فانّه لايضرّ فوت التي(٢) ركبها.

ولا يتعين المطلقة بالتسليم، اوالتعيين، بحيث يكون منحصرة فيها، ولهذا يجوز للمالك تبديلها وهو ايضاً ظاهر.

والظاهر أنّ تعذر استيفاء المنفعة المشترطة (المشروطة ـ خ) على الوجه المتعارف لنقص ومرض وضعف، بمنزلة الموت، ويحتمل الابدال (خصوصاً مع التراضى فتأمّل ـ خ).

والظاهر أنّه لاخصوصية للدابة، ولا بالعين المستأجرة، فان تلف الراكب

---

(١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب احكام الاجارة الرواية١.

(٢) أي الدابة التي ركبها.

للركوب مطلقا، لم تبطل، وله ان يركب ويركب مثله، الّا مع التخصيص.

او الحمل المعيّن فكتلفها، مثل فوت الصبي المرتضع.

قوله: وله ان يركب ويركب مثله الخ. يعني اذا استأجر دابّة مثلاً للركوب من غير تخصيص احد بكونه هو الراكب الى موضع، له ان يركب بنفسه، وان يركب غيره بدله، بشرط ان يكون الغير مثله في الثقل أو اخف، بغير اذن المالك.

والظاهر أنّه يجوز التسليم(١) بغير إذنه، ولم يضمن، لما تقدم.

ولا يجوز الأثقل آلا بالإذن، فلا يضمن (حينئذ ـ خ) وبدونه يأثم، ويضمن،وكذا اذا فعل مع التخصيص.

والظاهر أنّ التناوب ايضاً لايجوز الّا بالاذن لانّا نرى ان المكارين(٢) ايضاً يقولون في ذلك، ويقولون انّ التناوب يضرّ بالدابّة وان كان بالمثل أو أخف، لكثرة النزول والركوب، وكونها تارة، اثقل وتارة أخف.

واعلم أنّ أكثر العبارات ـ في بيان هذه المسألة ـ مثل الكتاب، ودليل الكل واضح، الّا أنّ لي في ذلك تأملاً لأنّه اذا كانت الاجارة للركوب قالوا: لابد من تعيين الراكب.

قال في التذكرة: فيجب ان يعرف مؤجر الدابّة راكبها بالمشاهدة، لاختلاف الاغراض في الراكب (الى قوله:) وهو قول اكثر الشافعيّة، ومنهم من اكتفى بالاوصاف الرافعة للجهالة (الى قوله:) والاصل في ذلك أن يقول: ان أمكن الوصف التامّ القائم مقام المشاهدة كفي ذكره عنها، والّا فلا(٣).

---

(١) يعني تسليم الدابة الى الغير بغير اذن المالك.

(٢) في بعض النسخ لانّا لانرى الخ والصواب ماإثبتناه.

(٣) انتهى كلام العلامة في التذكرة.

....

والآدمي المتعارف الذي أكثر الافراد على تلك الضخامة والطول والقصر من مستوى الخلقة.

ويحتمل حملها على ماذكروه ايضاً فتأمل.

ثمّ(١) تأمّل في قول القواعد ايضاً: ويجوز مع عدم الشرط ان يؤجر لمثله او أقلّ ضرراً، قال في شرحه: أي ان يوجر لركوب مثله مثلاً، (أو-خ) وسكنى مثله، أو ان يوجر لمثل عمل الذي استأجر لاجله، وكذا للاقل (الأقل-خ) ضرراً، لأن المنفعة تصير ملكاً له بالاجارة، والنّاس مسلطون على اموالهم(٢)(٣).

شرط في المسكن الاجارة بمثله، او اقلّ ضرراً مع الاطلاق، وعدم كون السكنى له خاصة.

والظاهر عدمه، اذ لو استأجر لينتفع بسكناها مثلاً، لم لا يجوز أن يسكنها لمن هو اكثر منه ضرراً بكثرة الناس والضيف والدوابّ وغير ذلك، فانه مالك للمنفعة، فله مايفعل، كما قاله في الشرح.

نعم لايجوز ان يتجاوز في سكناها عن المتعارف فلا يسكن في بيت الآدميّين الدوابّ ونحو ذلك.

وبالجملة لايتعدّى عن المنفعة المتعارفة المطلوبة منها، فكأنّ ذلك المراد(٤)، والعبارة لاتخلو عن شيء.

وكذا كلام الشارح، الناس مسلطون الخ، فانه لايجوز لهم كلّما يريدون وخصوصاً عنده، فانه يضمن بتسليمه بغير اذن المالك الاوّل، والمراد واضح، والامر

---

(١) في بعض النسخ: ثم انّ لي تأمّلاً.

(٢) عوالي اللئالي ج٣ ص٢٠٨ الحديث ٤٩.

(٣) الى هنا عبارة المحقق الثاني في جامع المقاصد (شرح القواعد).

(٤) يعني مراد العلامة قدّس سرّه في القواعد.

ويجوز للمستأجر ان يؤجر المالك، ولو باع على المستأجر صحّ، والاقرب بطلان الاجارة، على اشكال.

في ذلك هيّن.

قوله: ويجوز للمستأجرأن يوجرالمالك الخ. لامانع من اجارة المستأجر العين المستأجرة من مالك العين، والذي استأجرها منه، اذ ليس الّا كونه مالكا للعين، وذلك لم يصلح للمانعيّة، للاصل، مع وجود المقتضى وهو تسلّطهم على اموالهم، وعموم ادلة صحة الاجارة.

وكذا لامانع من بيع العين المستأجرة على مستأجرها، والتقريب مثل ماتقدم.

وأما بطلان الاجارة حينئذ فقرّبه المصنف مع اشكال، لعلّ مقصوده من اظهار الاشكال مع قوله: (الاقرب) عدم الاقربيّة بالكليّة، وضعف الرجحان في الجملة.

وجهه أنّ ملك المنفعة تابع لملك العين فاذا ملك العين يلزم ملكيتها تبعاً ايضاً، فلو بقيت الاجارة يلزم ان تكون المنفعة ملكاً بالاجارة والبيع ايضاً، وهو تحصيل الحاصل، وجمع العلتين على معلول واحد، ولأنّه كبطلان العقد بملكيّة الزّوجة.

ووجه عدم البطلان الاصل، والاستصحاب، وعدم ثبوت دليل على كون البيع مبطلاً للاجارة، فان ذلك يحتاج الى دليل، ولا دليل، اذ تابعية المنفعة لملك العين مطلقا ممنوعة ولا دليل عليها، ولذا يصح بيع العين من الأجنبي مع بقاء الاجارة، وقد مرّ دليله، ومسلّم ايضاً عند المصنف.

نعم ذلك مسلّم ان لم تكن المنفعة منفكّة عن العين بسبب شرعي الى غير البايع.

وعلى تقدير المنافاة والتابعيّة قد يقال: ينبغي عدم صحة البيع لعدم حصول تابعه ترجيحاً لابقاء ماكان على ماكان، ومنع خروج الحادث من العدم

....

الى الوجود، وبقائه(١) تحت العدم على ترجيح وجود الحادث وغلبته على العدم الأزلي، وازالة البقاء عن الباقي واحداث عدمه، وهو أظهر.

ولا شك انّ هذا ليس بارجح من الاوّل، بل اضعف من وجوه، والقياس على النكاح باطل، لثبوت عدم بقاء الزوجيّة والنكاح على مملوكة الزوج، بالاجماع ونحوه، ولو لم يكن ذلك لقيل في ذلك ايضاً مثل ماقلناه هنا.

والظاهر عدم المنافاة بين بقاء الاجارة والبيع بل تكون المنفعة مملوكة بالاجارة مدّتها. ثم بملكية العين، ولهذا اختار في القواعد عدم البطلان، وقرّبه من غير اشكال.

(١) الظاهر انه عطف على قوله لابقاء الخ.

«المقصد الثاني في المزارعة والمساقاة»

وفيه مطلبان، الاوّل المزارعـة عقد لازم من الطرفين.

«المقصد الثاني في المزارعة والمساقاة».

قوله: المقصد الثاني في المزارعة الخ. قال في القواعد وغيره هي معاملة على الارض بحصّة من نمائها(١).

ومعلوم خروج الاجارة منها والظاهر أنّ الارض لايجب ان يكون ملكاً لاحد المزارعين، بل يكفي كون منفعتها ملكاً له، كما اذا كانت الارض مستأجرة ولايبعد الاكتفاء بالاولوية الحاصلة في الارض الخراجيّة والمباحة بالتحجير وبالاحياء، وان لم نقل بحصول الملك، لأنّ الظاهر أنّه يكفي كون المنفعة له.

ويدل عليه مايوجد في الاخبار من جوازتقبيل الارض الخراجيّة للزراعة مثل صحيحة الحلبي عن ابي عبدالله عليه السّلام (في حديث) قال: سألته عن مزارعة اهل الخراج بالرّبع والثلث والنصف؟ فقال: لابأس به (الحديث)(٢).

وصحيحة يعقوب بن شعيب عن أبي عبدالله عليه السّلام قال: سألته عن

---

(١) قال في القواعد: المزارعة مفاعلة من الزرع وهي معاملة على الارض بالزراعة بحصة من نمائها الخ.

(٢) الوسائل الباب٨ من ابواب المزارعة الرواية٨.

....

الرّجل تكون له الارض من ارض الخراج فيدفعها الى الرّجل على ان يعمرها ويصلحها ويؤدّي خراجها، وما كان من فضل فهو بينهما؟ قال: لابأس(١) وغيرهما.

ويؤيّده ما يوجد في كلامهم: يجوز بيع الارض الخراجيّة تبعاً لآثارها.

وان لم يكن جيّداً في نظري، اذ لا معنى لبيع مال الناس بواسطة مجاورة مال نفسه، نعم يجوز بيع آثارها وماله في الارض المفروضة مع وجود شرايط البيع فيه، وهو ظاهر.

فقول شارح الشرايع: بأنه لابّد من كون الارض ملكاً لأحدهما، لأنّه المستفاد من حقيقة المزارعة وصيغتها والتي يعقد عليها فلا يشرع في الارض الخراجية الّا باستعمال حيلة من الحيل الشرعية مثل جعل البذر منهما ثم قال فليحفظ ذلك اوغيره من الحيل الشرعية على تسويغ هذه المعاملة، لأنّها متداولة في كثير من البلاد التي ارضها غير مملوكة، فيحتاج الى وجه مجوّز الخ.

محلّ التأمّل، سيّما على ماهو مقتضى كلامه، فيما تقدم: أنّه يجوز بيع الارض تبعاً لا ثاره، فيبعد عدم تجويز المزارعة على ارض مع تجويز بيعها الذي هو فرع الملك اجماعاً عقلاً ونقلاً.

ومعلوم أن ليس في العقد على الارض وصيغة المزارعة وتعريفها مايدلّ على عدم جواز المزارعة الّا مع الملك الطلق للعين.

نعم يفهم أنّه لابد من كون المنفعة لاحدهما، فافهم.

ثم انّ الدليل على جواز هذا العقد، ومشروعيّته هو الاجماع المنقول، قال في التذكرة هي جايزة عند علمائنا اجمع، والاخبار الكثيرة من العامّة والخاصّة، مثل

---

(١) الوسائل الباب ١٠ من ابواب المزارعة الرواية٢.

صحيحة محمّد الحلبي، وعبيدالله الحلبي، عن الصادق عليه السّلام، قال: لابأس بالمزارعة بالثلث والربع والخمس(١).

ومارواه محمّد و عبيدالله جميعاً عنه، (في الصحيح) انّ اباه عليه السّلام، حدّثه انّ رسول الله صلّى الله عليه وآله، اعطى خيبر بالنصف ارضها ونخلها، فلمّا ادركت الثمرة بعث عبدالله بن رواحة، فقوم عليه قيمة، فقال لهم: إمّا ان تأخذوه وتعطوني نصف الثمرة (الثمن-خ)، وإمّا أن أعطيكم نصف الثمرة وآخذه،فقالوا: بهذا اقامت السموات والأرض(٢) ومثلها صحيحة يعقوب بن شعيب(٣).

وهي تدلّ على جواز المساقاة ايضاً، وجوازها في الارض الخراجيّة، وجواز التقبيل، وقبول الوكالة في التقبيل، وجوازه مطلقا من دون شرط، وكون القيّم واحداً، بل غير عدل ايضاً، اذ ما ثبت عدالة عبدالله بن رواحة، بل غير معدود في كتب الرجال، فتأمّل.

وامّا كونها لازمة من الطرفين فهوللاجماع ايضاً، ولمثل اوفوا(٤)، والمسلمون عند شروطهم(٥)، وهو ظاهر، ويمكن جواز فسخه بالتقايل، لمامرّ في غيرها من العقود اللازمة.

قال في التذكرة: ولا تبطل الآ بالتقايل.

وامّا استلزام كونه لازماً، للايجاب اللفظي -والقبول كذلك والماضوية وتقديم الايجاب والعربية والمقارنة وساير ماقيل في العقود اللازمة، كما ادّعاه شارح

(١) الوسائل الباب ٨ من ابواب المزارعة والمساقاة الرواية٧.

(٢) روى صدره في الباب ٨ من ابواب المزارعة والمساقاة الرواية٢ وروى تمام الحديث في الباب ١٠ من ابواب بيع الثمار (من كتاب التجارة) الرواية٢ (ج١٣ ص١٩).

(٣) راجع الوسائل الباب ١٠ من ابواب المزارعة والمساقاة الرواية١.

(٤) المائدة: ١.

(٥) تقدم مأخذه.

والايجاب زارعتك، او ازرع هذه، أو سلمتها اليك، او ماشابهه، مدّة معنية بحصّة معلومة من حاصلها، والقبول قبلت.

الشرايع(١) وغيره - فغير ظاهر.

و الاصل ينفيه، مع عدم الدليل، كما تقدم في البيع ونحوه، ولهذا جوّز هنا بالأمر، وصرّح في القواعد بالاكتفاء بالقبول الفعلى، وهو ظاهر عبارة الشرايع.

وبالجملة الغرض حصول العلم بالرضا بالمعاملة بالعقد بايّ شيء يحصل المطلوب، ويلزم، لصدق العقد، فلا يبعد الصحّة بغير العربية وغيرها، وجريان المعاطات فيها، وفي ساير العقود والامور مالم يكن دليل على اشتراط الامور المشترطة من اجماع ونحوه، فتأمّل واحتط.

قوله: والايجاب زارعتك الخ. قال في التذكرة: مثل زارعتك الى قوله: اوخذ هذة الارض على هذه المعاملة، وما اشبه ذلك، ولاينحصر في لفظ معيّن، بل كلّما يؤدّي الى هذا المعنى.

ويعلم من جوازها بالأمر وغيره وعدم اشتراط القبول اللفظي كما في القواعد عدم صحة الاستدلال بكونه عقداً لازماً على اعتبار القبول اللفظي والماضويّة والعربية وغيرها، ولابانّه متلقاة من الشرع كما قيل في مثله فتأمل.

والظاهر أن لاخلاف في الجواز بكل لفظ يدلّ على المطلوب مع كونه ماضياً، والظاهر جوازها بالأمر ايضاً.

قال المحقق الثاني: استشكل الايجاب في القواعد بلفظ الأمر، وبالجواز رواية، والمعتمد عدم الجواز.

وفيه تأمل، اذ لادليل على تعيين الماضي، غير كونه عقداً لازماً، ولا دليل على الكبرى غير ماقد اشاروا اليه، من انّ غيره بعيد عن كونه لانشاء العقد، وهو

---

(١) في النسخة المطبوعة: في شرح الشرايع.

....

كماترى، فعموم الادلة ـ وعدم دليل مانع ـ دليل الجواز.

ويدل عليه مافي صحيحة يعقوب بن شعيب، عن أبي عبدالله عليه السّلام، قال: سألته عن الرّجل يعطى الرجل ارضه فيها الرّمان والنخل والفاكهة، فيقول: اسق من هذا الماء واعمره، ولك نصف ماخرج؟ قال: لابأس وسألته عن الرّجل يعطى الرّجل الارض فيقول: أعمرها وهي لك ثلاث سنين او خمس سنين او ماشاءالله؟ قال: لابأس(١) ويدلّ عليه الرواية التي اشار اليها المحقق الثاني.

وصحيحة عبدالله بن سنان، أنه قال في الرجل يزارع فيزرع ارض غيره، فيقول ثلث للبقر وثلث للبذر وثلث للارض، قال: لايسمّى شيئاً من الحبّ والبقر، ولكن يقول: ازرع فيها ولي فيها كذا وكذا، ان شئت نصفاً، وان شئت ثلثا(٢).

وهي صريحة في جواز القبول بلفظ المضارع، فلا يبعد انعقاد الايجاب بالأمر، بل ادّعى الاولوية في الايضاح، وفيه تأمّل.

ورواية الحسن بن محبوب عن خالد بن جرير عن أبي الربيع الشامي، عن ابي عبدالله عليه السّلام، أنّه سئل عن رجل يزرع ارض رجل آخر، فيشترط عليه ثلثاً للبذر وثلثاً للبقر؟ فقال: لاينبغي ان يسمّى بذراً ولا بقراً، ولكن يقول لصاحب الارض ازرع في ارضك، ولك منها كذا وكذا نصف او ثلث او ما كان من شرط، ولا يسمّى بذراً ولا بقراً فانما يحرّم الكلام(٣).

وسندها لابأس به، وفيه خالد بن جرير، وهو ممدوح، وابو الربيع.

---

(١) الوسائل الباب ٩ من ابواب المزارعة والمساقاة الرواية٢ بسند الشيخ راجع التهذيب وروى ذيلها في الوسائل الباب ١١ من تلك الابواب الرواية ١.

(٢) الوسائل الباب ٨ من ابواب المزارعة والمساقاة الرواية٥.

(٣) الوسائل الباب ٨ من ابواب المزارعة والمساقاة الرواية ١٠.

....

واستدل في شرح المتن على توثيقه بان الحسن بن محبوب ممّن اجتمعت العصابة على تصحيح ماصحّ عنه.

ولكن فيه تأمّل وكذا في متنها ودلالتها، فطرح المحقق الثاني ـ الرواية الصحيحة ظاهراً الدالة باعتقاده على جواز انعقاد المزارعة بالأمر، مع عدم دليل يقتضي ذلك سوى ماقلناه وقول الاصحاب في غير المزارعة ـ غير جيّد.

وكذا قول الشهيد الثاني في شرح الشرايع: واما قوله(١): ازرع هذه الارض بصيغة الامر، فان مثل ذلك لايجوزونه (يجيزونه ـ خ) في نظائره من العقود، لكن المصنف رحمه الله وجماعة اجازوه هنا، استناداً الى رواية (روايتي ـ خ) أبي الربيع الشامي، والنضر بن سويد، عن أبي عبدالله عليه السّلام(٢)، وهما قاصرتان عن الدلالة على ذلك(٣).

وقد عرفت القصر عن الدلالة، لأنّهما تدلان على المضارع لا الامر.

ورواية النضر هي رواية عبدالله بن سنان المتقدمة(٤)، وما رواها النضر، عن أبي عبدالله عليه السّلام، بل رواها عن عبدالله بن سنان مضمراً، على مارأيت في التهذيب(٥) والكافي، فيمكن ان يكون غلطاً، ولكن الظاهر عدمه، وحينئذ يكون مرسلاً، حيث ماسمّى الامام عليه السّلام، وان كان الظاهر ذلك.

فالظاهر الجواز بالأمر ايضاً لعدم القائل بالفرق على الظاهر، ولانّ العمدة هي عموم الادلة، مع عدم المانع، والروايتان مؤيّدتان، ولصحيحة يعقوب بن

(١) أي قول المحقق في الشرايع.

(٢) تقدم ذكرهما آنفاً.

(٣) انتهى كلام الشهيد الثاني في شرح الشرايع.

(٤) راجع الوسائل الباب ٨ من ابواب المزارعة والمساقاة الرواية٨.

(٥) في النسخة التي عندنامن التهذيب هكذا: عن أبي عبدالله عليه السّلام (خ).

ولا تبطل الا بالتفاسخ، لا بالموت والبيع.

وشرطها شياع (مشاع ـ خ ل) النماء، وتعيين المدّة، وامكان زرع الأرض.

شعيب المتقدمة(١)

ثمّ انّ ظاهر المتن اشتراط القبول اللفظي، وقوّاه في التذكرة، وفيه تأمّل علم.

قوله: ولا تبطل الّا بالتفاسخ الخ. دليل البطلان بالتفاسخ، كأنّه الاجماع، وماتقدم في البيع، فتأمل.

وامّا عدم البطلان بالبيع وبالموت وغيرهما، فلأدلّة اللزوم، وعدم المنافات بين البيع والموت وبقاء المزارعة، وهو ظاهر، والاستصحاب، وماتقدم في الاجارة، فتذكر، وتأمّل.

قوله: وشرطها شياع النماء الخ. لعلّ دليله الاجماع، وأنّ المفهوم من الاخبار التي تدلّ عليها من فعله صلّى الله عليه وآله وفعلهم عليهم السَّلام، كان على سبيل الاشتراك في الحصّة، وأنّه المفهوم من تعريفها.

ويدلّ عليه ايضاً حسنة الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السَّلام، قال: لا تقبل الارض بحنطة مسمّاة، ولكن بالنصف والثلث والربع والخمس(٢).

ومعلوم أنّ عدم تعيين المدّة موجب للغرر والجهل.

وأنّه لو لم يمكن زراعة الارض، لا تصح، فان كون امكان الانتفاع شرطاً ظاهرٌ.

---

(١) تقدم ذكرها.

(٢) الوسائل الباب ٨ من ابواب المزارعة والمساقاة الرواية٣ وتمامه: لابأس به، وقال: لابأس بالمزارعة بالثلث والربع والخمس.

فلو شرط احدهما النّماء لنفسه ـ او نوعاً من الزّرع، او قدرا من الحاصل، والباقي بينهما ـ بطل.

ولو شرط احدهما شيئاً من غير الحاصل جاز، ولايجوز اجارة الارض للزراعة بالحنطة او الشعير، ممّا يخرج منها.

قوله: فلوشرط احدهما الخ. تفريعه على ماتقدم ظاهر، فانّه اذا كان الاشتراك في النماء شرطاً. لم يصح تخصيص احدهما به، سواء كان صاحب الارض أو العامل.

وكذا لو شرط النوع الخاص من النماء، مثل ما حصل اوّلاً فهو له، ويسمّى ذلك المرف(١)، ومايحصل آخراً فهو للآخر، ويسمّى الاقّل.

وكذالوشرط قدراً معيّناً لاحدهما، والباقي بينهما، والكل ظاهر.

قوله: ولو شرط احدهما شيئاً الخ. دليل جوازشرط شيء آخر معين من غير الحاصل ولزومه، هو عموم ادلة الاشتراط.

قوله: ولا يجوز اجارة الارض للزراعة الخ. كان المناسب ذكر هذه المسألة في بحث الاجارة، وانّما ذكرت هنا لانّ اكثر ادلّتها مذكورة في باب المزارعة، وهي أخبار دالّة على عدم جواز اجارة الارض بجنس مايزرع فيها.

مثل صحيحة الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السّلام، قال: لا تستأجر الارض بالحنطة، ثمّ تزرعها حنطة(٢).

وكأنّ المصنف والاكثر حملوها على الحنطة التي تحصل منها، اذ لامانع من الاجارة على القدر المعين من الحنطة ـ وان كانت زرعت فيها الحنطة ـ عقلاً ونقلاً، بل لاينبغي الخلاف في ذلك، وعموم ادلة الاجارة مؤيّدة.

---

(١) اهرفت النخلة عجلّت اتاءها أي ثمرها.

(٢) الوسائل الباب ١٦ من ابواب المزارعة والمساقاة الرواية٣.

....

نعم لايبعد المنع اذا شرط كونها من ذلك الزرع، لاحتمال ان لايحصل شيء اصلاً، وان كانت الارض واسعة(١).

ولرواية الفضيل بن يسار، قال: سألت اباجعفر عليه السّلام، عن اجارة الارض بالطعام؟ قال: ان كان من طعامها فلا خير فيه(٢).

وكذا مارواه الوشّا (كأنّه الحسن بن علي، في الصحيح) قال: سألت الرضا عليه السّلام، عن الرجل اشترى من رجل (الرجل ـ خ) ارضا جرياناً معلومة بمأة كرّ على ان يعطيه من الارض؟ فقال: حرام، قال: فقلت له: فاتقول جعلني الله فداك ان اشترى منه الارض بكيل معلوم وحنطة من غيرها؟ قال: لابأس(٣).

ورواية (ابن ـ خ) ابي بردة (في حديث)، قال: سألت ابا عبدالله عليه السّلام (في حديث)، عن اجارة الارض بالطعام؟ فقال: ان كان من طعامها فلاخير فيه(٤).

وصحيحة الحلبي (في الفقيه) عن أبي عبدالله عليه السّلام، أنّه قال: لا تستأجر الارض بالحنطة، ثم تزرعها حنطة (٥)(٦).

فلا قوّة في قول ابن البرّاج النادر بالمنع مطلقاً، لصحيحة الحلبي المتقدمة(٧)،

---

(١) اشارة إلى دفع ماقاله في الخلاف بان الارض اذا كانت واسعة يندر عدم الحصول فلايضرّ، وليس بجيّد، ويؤيّده ماشرطوا في السّلم من عدم جواز اشتراط كونه من قرية معيّنة (منه ره) (هكذا في بعض النسخ المخطوطة).

(٢) الوسائل الباب ١٦ من ابواب المزارعة والمساقاة الرواية٥.

(٣) راجع التهذيب باب المزارعة الحديث١١.

(٤) الوسائل الباب ١٦ من ابواب المزارعة والمساقاة الرواية٩.

(٥) الوسائل الباب ١٦ من ابواب المزارعة والمساقاة الرواية٣ بالطريق الثاني.

(٦) في بعض النسخ المخطوطة عقيب قوله: حنطة هكذا ويحتمل ان يكون ساقطا ولكن هذا رأيته في الفقيه الذي عندي.

(٧) لاطلاقها.

....

كما قال في شرح الشرايع، لامكان حملها على المزارعة.

ويؤيّده(١) حسنة الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السّلام، قال: لايقبل الارض بحنطة مسمّاة ولكن بالنصف الخ(٢).

وما في صحيحة أبي المعزا عنه عليه السّلام (في حديث)، امّا اجارة الارض بالطعام فلا تأخذ نصيب اليتيم منه، الّا ان تواجرها بالربع الخ(٣) وغيرهما، فتأمّل.

والمناقشة في الصحيحة(٤)، لاشتراك ابن مسكان(٥)، وان كان الظاهر أنّه عبدالله الثقة، لنقل صفوان عنه، ونقله عن الحلبي.

ولعموم الادلة، وللدليل العقلي، واحتمال النهى للكراهة، مع المعارضة (وللجمع بين الادلة ـ خ)، اذ مانقلناه عن الفقيه ينافيها صريحاً(٦)، ولروايتي الفضيل (وابن ـ خ) أبي بردة(٧) فانّهما ظاهرتان في الجواز فإن مفهوميهما، الشرطيّة التي هي حجّة وجود الخير في الاجارة للزراعة بالطعام ان لم يكن من الطعام التي يزرع (زرع ـ خ) فيها، ولا خير في الحرام.

وللجمع بين الادلة لحمل المطلق مثل صحيحة الحلبي على المقيّد، مثل

---

(١) يعني يؤيد الحمل المذكور.

(٢) الوسائل الباب ١٦ من ابواب المزارعة والمساقاة الرواية١.

(٣) الوسائل الباب ١٦ من ابواب المزارعة الرواية٧.

(٤) عطف على قوله: لا مكان حملها والمراد من الصحيحة صحيحة الحلبي.

(٥) وسندها كما في الكافي هكذا: ابوعلي الاشعري عن محمّد بن عبدالجبّار عن صفوان عن ابن مسكان عن الحلبي (باب مايجوز ان تؤاجر به الارض)

(٦) يستفاد من هذا ان النسخة التي عند الشارح من الفقيه ليست فيه لفظ «لا» كما في بعض نسخ الكتاب أيضاً.

(٧) راجع الوسائل الباب ١٦ من ابواب المزارعة والمساقاة الرواية٥ و٩.

ولو مضت المدة المشروطة والزرع باق فللمالك ازالته، سواء كان بتفريط من الزارع، او بسببه تعالى كتغير الاهوية، وتأخّر المياه، ويجوز التبقية مدّة معلومة بالعوض.

رواية الفضيل. وغيرها.

فصحّ الاستدلال على نفي مذهب ابن البرّاج واثبات الجواز مع عدم اشتراط كون الحنطة من زرع الارض المستأجرة وعدمه معه.

فتنظّر شرح الشرايع في ذلك الاستدلال -بقوله: وفيه نظر، لانّ النهي مطلق، ولا منافاة بينه وبين تحريم شرطه من طعامها حتى يجمع بحمله عليه الى قوله: وبملاحظة ذلك يتخرّج فساد كبير (كثير-خ) فيما قرروه في مثل هذا الباب الى قوله: وقول ابن البرّاج رحمه الله بالمنع لايخلو من قوّة نظراً الى الرواية الصحيحة، الآ انّ المشهور خلافه- محلّ النظر.

فانظر، فان التنظر ليس بواضح.

نعم لو قال: انّ رواية المنع صحيحة، ورواية الفضيل (وابن-خ) أبي بردة غير صحيحة لكان واضحاً، ولكن قد عرفت غيرهما ايضاً، فتأمّل. وأنّه لاعموم للصحيحة، والقول: بان لاقائل بالفرق، غير واضح.

وكذا قوله: انّ المباح والمكروه ايضاً ليسا بخير الخ لانّهما حسن وليسا بشرّ، فكيف لايكونان خيراً.

قوله: ولو مضت المدة المشروطة الخ. يعنى اذا شرط للمزارعة في الأرض، او الاجارة ايضاً مدّة معلومة، ومضت المدّة والزرع باق ولم يدرك بعد، يجوز لمالك الارض ازالته، سواء كان عدم الادراك بسبب تأخير الزارع عن وقت الزرع، ام بسبب من الله تعالى بتغير الاهوية.

وكذا لو أخّر بعد الادراك، ولايجب عليه تبقيته.

وجهه ظاهر، وهو انقضاء المدّة المشترطة، وعدم بقاء حق ابقاء في تلك

....

الارض له، والناس مسلطون على اموالهم(١).

الّا أنّه ينبغي اوّلاً تكليف المالك للمزارع(٢)، فان لم يفعل فاعلام الحاكم، فان لم يمكن (يكن ـ خ ل) فله ان يفعل بنفسه.

وظاهره ان لاارش عليه حينئذ مع احتماله، خصوصاً اذا كان التأخير بسبب من الله تعالى، كتغيّر الاهوية فيكون للمالك الابقاء بغير عوض وبعوض، مع رضا العامل، والقلع مع الارش، وهو التفاوت مابين كون الزرع مقلوعاً وباقياً بالاجرة، لماتقدم، فالمقلوع مشترك بالحصص بينهما في المزارعة، ولاشيء على مالك الارض.

ولا يبعد ايجاب اجرة مثل مدّة التأخير على مالك الارض، لو كان التأخير بسببه، وله المسمّى في صورة الاجارة.

فالقول بعدم جواز الازالة والقلع ـ لانّ الزّرع قد استحق الكون فيها بالعقد فيثبت حقّه مادام لم يدرك، لان مدّة الزرع غير مضبوطة محقّقاً، لانّه قد يتخلف بالتقدم والتأخر، كما لو استأجر للزرع فانقضت، قبل ادراكه ـ.

ضعيف لماتقدم، ولأنّ دليله مثل المدعى، في عدم الثبوت، وماقلناه في المزارعة بعينه جار في الاجارة، ولهذا عمّمنا، وكذا القول بالجواز مع الارش، لمامرّ.

نعم لايبعدالمنع، اذاكان الزّمان قليلاً جدّاً، لااعتبار له عرفاً في الاجارات والمزارعات، فلا ينبغي الازالة حينئذ، بل لاينبغي الازالة مطلقا، من باب الاحسان.

ولا شك أنّ لهما التبقية الى مدّة معينة باجرة وغيرها، فان ادرك ، والّا

---

(١) عوالي اللئالي ج٣ ص٢٠٨ الحديث٤٩.

(٢) في بعض النسخ المخطوطة هكذا: (تكليف المزارع) بدل قوله رحمه‌الله (تكليف المالك للمزارع).

ولو شرطا في العقد تأخيره ان بقي بعدها، بطل.

ولو أهمل الزراعة حتى خرجت المدّة، لزمه اجرة المثل.

ولو زارع على ما لاماء له بطل، الّا مع علمه.

فالى مدّة أخرى، وهكذا، والى مدّة غير معيّنة ايضاً بغير عوض بعوض، مثل ان يقول: لكل يوم بقي كذا، ونحو ذلك، لانّ الحق لهما، ولايعدوهما، فلهما أن يفعلا ما ارادا ممّا لاتحريم فيه.

قوله: ولو شرطا في العقد الخ. يعني اذا عقد الاجارة او المزارعة الى مدّة معيّنة وشرطا في متن العقد تأخير الزرع الى ان يدرك او الى مدّة اخرى، ان بقي الزرع بعد المدّة المشترطة غير مدرك بطل العقد، لأنّه يعود الى الجهالة في المدة، فتأمّل.

قوله: ولو أهمل الزراعة حتى خرجت المدّة الخ. (يعنى خ) لو أهمل المزارع بعد عقد المزارعة الزراعة حتى خرجت المدة، لزمه اجرة مثل الارض التي زارع عليها، فانّه فوّت على المالك منفعتها فيضمنها، فلزمه الاجرة، وهو ظاهر.

كما أنّ في الاجارة اذا اهمل المستأجر، يلزمه الاجرة المسمّاة.

قوله: ولو زارع على ما لاماء له الخ. يعني لو زارع شخص على ارض لاماء لها بطل هذا العقد، مع الجهل، لاشتراط امكان الانتفاع لما زارع له، ومع عدمه لاامكان.

هذا ظاهر، الّا أنّه يلزم البطلان مع العلم ايضاً، لعدم الشرط الذي هو امكان الانتفاع، ولا فرق في ذلك بين العلم والجهل، والقول بالاشتراط مع عدم العلم وبعدمه معه بعيد.

وقال في القواعد: ولو زارعها اوآجرهاله ولا ماء لها، تخيّر العامل مع الجهل (الجهالة ـ القواعد) لامع العلم، لكن في الاجرة يثبت المسمّى.

....

وهو ظاهر في صحة (لزوم ـ خ) العقد مع العلم وعلمه مع علمه، وفيه تأمل فانّه لايحتمل ذلك مع امكان (شرط ـ خ) الانتفاع.

مع أنّه صرّح بالشرط في الاجارة والمزارعة فيه، فهوبعيد، وكيف يصحّ عقد (العقد ـ خ ل) مع عدم امكان العوض، بل لم يظهر لصحته اثر في المزارعة، وغاية مايمكن ان يقال إنّه رجع أوأنّه شرط للزوم(١) وأنّه يمكن الانتفاع بغير المزارعة التي تحتاج الى الماء، ولا يتعيّن ذلك بل يجوز له زرع مايساوى لما شرط اواقل ضرراً اوانه يجوز المزارعة مطلقا من غير تعيين كما سيجيئ فيجوز له ان يزرع حينئذ ما لايحتاج الى الماء فعدم الماء لايستلزم عدم امكان الانتفاع مع القول باشتراط امكان الانتفاع كالانتفاع بغير الزرع اذ لا تندر(٢) في الاجارة له.

ما اورده في شرح القواعد، من انّ امكان الانتفاع شرط فتأمل(٣).

ففي صورة العلم لاخيار له، بل يلزمه، حيث اقدم، مع امكان الانتفاع في الجملة، بخلاف صورة الجهل، فيكون له الخيار.

ولكن لا يمكن هنا فانّه ظاهر في انّه تبطل مع الجهل، وتصحّ مع العلم، الاّ ان يريد عدم اللزوم مع الجهل واللزوم مع العلم، فيصير مثل عبارة القواعد، والاشكال الوارد عليه يرد هنا ايضاً.

ويمكن ان يكون المراد ما لاماء له غالباً، لا أنّه لا ماء له اصلاً.

قال في التذكرة: اذا لم يكن للارض ماء يمكن زرعها به الاّ نادراً، ففي جواز المزارعة عليها اشكال.

---

(١) يعني غاية مايمكن ان يقال في توجه كلام العلاّمة قدّس سرّه امران إمّا أنّه قدّس سرّه رجع عن فتواه اوان العلم شرط للزوم العقد الخ.

(٢) في النسخة المطبوعة وبعض النسخ المخطوطة: اذا تعذّر.

(٣) في النسخة المطبوعة بعد قوله: فتأمل مالفظه كالانتفاع بغير الزرع اذا تعذر في الاجارة له الخ.

ولو انقطع في الاثناء تخيّر العامل.

ويكون رجحّ في القواعد عدم الصحة مع الخيار في صورة الجهل فلا منافاة، فتأمل.

ثم اعلم أنّه قال في شرح القواعد: الذي يقتضيه النظر، هو بطلان العقد من رأس اذا عرفت هذا فاعلم أن قول المصنف (لا مع العلم) يريد به عدم بطلان المزارعة والاجارة للزرع مع العلم بانّ الارض لاماء لها، وهو صحيح على القول بجواز التخطي الى غير المنفعة المشروطة ممّا يكون متساوياً او اقلّ ضرراً، وحينئذٍ فلاشيء للمالك في المزارعة، لعدم امكان الانتفاع الذي حصول الحصّة المشترطة متوقف عليه، أمّا في الاجارة فيجب المسمّى لصحة الاجارة، وعلى البطلان فلا يجب شيء(١)، فالبطلان رأساً محلّ التأمل، لعدم ظهور الاشتراط المذكور، خصوصاً مع العلم وتجويز الانتفاع بوجه آخر، او (و-خ) حمله على ماذكره في التذكرة(٢).

وايضاً يحتمل ان يريد المصنف بقوله: «لا مع العلم» عدم الخيار، بل البطلان(٣).

وايضاً يبعد عدم لزوم شيء في المزارعة، مع اخذ الانتفاع، فانّه ماسلّم المالك الارض بلاعوض، فيمكن الحصّة فيا زرع من المساوى او الاقل او اجرة المثل كالمسمّى في الاجارة الّا ان يريد على تقدير عدم التخطي فحينئذ عدم شيء للمالك ظاهر، ولكن لزوم اجرة المثل في الاجارة غير ظاهر، فتأمل.

قوله: ولو انقطع في الاثناء تخير العامل. مجئ البطلان على القول به في الاوّل، فان وجود الماء على تقدير كونه شرطاً شرط مادام الزرع احتاج اليه، بل

---

(١) الى هنا كلام شارح القواعد.

(٢) يعنى حمله على ماذا لم يمكن زرعها بدون الماءالانادراً.

(٣) هذا مفاد ماذكره في شرح القواعد فراجع.

فان فسخ فعليه اجرة ماسلف (بتلف ـ خ).
وله زرع ماشاء مع الاطلاق.

يمكن ان يكون هنا اولى لعدم انتفاع آخر، هنا، فتأمّل.

قوله: فان فسخ فعليه اجرة ماسلف. وجهه أنّه فسخ العقد باختياره فبطل العقد بفعله، وما حصلت الحصة، والارض لابدّ لهامن الاجرة فيعطي اجرة زمان كانت الارض تحت تصرفه، والمالك كان ممنوعاً عنها.

وفي الاجرة تأمل، اذالفسخ بسبب انقطاع ماهو شرط للحصّة، ولا اجرة لها سواها.

هذا اذا فسخ، واما اذا لم يفسخ، فان حصل شيء، والّا لاشيء لاحدهما على الآخر، وهو ظاهر.

والظاهر عدم الفرق بين المزارعة والاجارة هنا، فتأمل.

قوله: وله زرع ماشاء مع الاطلاق. المراد بالاطلاق هنا ترك التعيين، سواء كان بما يدلّ على العموم وضعاً من الالفاظ الموضوعة له، او مايدلّ على الفرد المنتشر وضعاً، وعلى التقديرين ظاهرٌ جواز زرع ماشاء سواء كان آخر اضرّ ام لا، امّا على الاول(١).فهو ظاهر، وامّا على الثاني فلانّ تجويز فرد منتشر تجويز لكل واحد بدلاً عن الآخر، ولهذا الامر بالكلّي امر بواحد أي واحد كان من افراد الماهيّة بمعنى تحقق برائة ذمة الاتيان بالمأمور به بأي فرد فعل، والّا فيلزم الاجمال، والتكليف بالمحال، ولهذا لو اراد فرداً معيّناً يكون مجملاً يحتاج الى البيان، ولايجوز التكليف به الّا مع البيان، وهو ظاهر.

بل المتبادر عرفاً من الاطلاق في مثل هذه الامور، هو العموم، وهو ظاهر.

نعم يمكن المناقشة في عدم صحة مثل هذا العقد لاشتماله على الغرر كما

(١) يعني اذا كان بما يدل على العموم.

ولو عين فزرع الأضرّ (الآخر-خ ل) تخيّر المالك في الفسخ، فيأخذ اجرة المثل، او الإمضاء، فيأخذ المسمى مع الارش.

منع بعتك هذا بما تريد، او بأي شيء تعطى، ونحو ذلك.

وقد يفرّق بالنص والاجماع، وبأنه لاشك في جواز زراعة ما هو الاضرّ للمالك، فله ان يعطيه لغيره ان يفعل ذلك له باجرة وغيرها.

قوله: ولو عيّن فزرع الآخر الخ. لاشك في عدم جواز التعدّى عمّا عين الى الاضر (الآخر-خ)، سواء كان في اجارة الارض ام مزارعتها، ولا الى المساوي والاقلّ في المزارعة، الّا مع قبول الحصّة المشترطة بالمثل تخميناً، ولا يكفي تخيّل أنّه اذا كان اقل ضرراً او مساوياً لما عيّن، يعلم الرضا به، اذ ليس الغرض منحصراً في عدم ضرر الارض، بل الحصّة هي الغرض (الاصلي-خ)، ومعلوم انّها تتفاوت.

نعم يمكن ذلك في الاجارة، مع احتمال المنع في المساوي.

والمراد بالتعيين اعمّ من الشخصي والصنفي والنوعي والجنسي.

وفي أنّه(١) يلزمه اجرة المثل على تقدير التعدي، وينفسخ العقد، الّا ان يكون مدة الانتفاع باقية، لأنّه ضيّع منفعة الغير بغير اذنه، فيلزمه عوضها، وهو اجرة المثل كما في غيرها (غيرهما-خ ل).

وقال المصنف: تخير المالك، اي مالك الارض في فسخ العقد-فيأخذ اجرة المثل- وعدمه، فيأخذ المسمّى والارش ايضاً ان نقص الارض.

وفيه تأمّل يعلم ممّا تقدّم، على أنّ المسمّى في المزارعة غير واضح، فان الشرط هو نصف من الحنطة مثلاً كيف يأخذه من الشعير.

ويحتمل ان يكون المراد الاجارة او عوض الحصص أي مثلها، فتأمّل.

ثم انّ وجه التخيير ايضاً غير واضح، اذ الاجارة والمزارعة عقد لازم، وتعدى

---

(١) عطف على قوله قدّس سرّه في عدم جواز الخ.

ولو شرط الزرع والغرس افتقر الى تعيين كل منهما، وكذا الزرعين متفاوتي الضرر.

وللعامل المشاركة، وان يعامل من غير اذن.

العامل لايقتضي جواز الفسخ، بل ينبغي ان يكون له امّا اجرة المثل او المسمّى، والمنع عن الأضرّ ان امكن، والاّ فالمسمّى مع الارش في الاجارة، وفي المزارعة يمكن عوض الحصّة، المسمّى مع الارش، أواجرة المثل، ويحتمل اكثر الامرين منهما، وهو الاولى، وللعامل المنفعة التي حصلت، فتأمّل.

قوله: ولو شرط الزرع والغرس الخ. وجه لزوم الشرط عموم الادلة، ووجه احتياج تعيين الزرع والغرس هو اشتراط العلم وعدم الجهل والغرر. فلابدّ من تعيينهما، واشتراطهما في الاجارة ظاهر، وهو ان يؤاجر ارضاً للزراعة والغرس.

وامّا في المزارعة فاشتراط الغرس بان يكون شرط في (مع ـ خ) المزارعة غرس اشجار له (الاشجار ـ خ)، قاله المحقق الثاني.

وكذا لابد من تعيين كل واحد من الزرعين المتفاوتين في الضرر في الاجارة والمزارعة، كالحنطة والشعير، بل غير المتفاوتين في الضرر ايضاً، خصوصاً في المزارعة لما تقدم، من أنّ الحصة هي الغرض الاصلي.

ويحتمل الصحة مع الاطلاق، ويحكم على النصف، فحاصله تجويز انتفاع شخص بارض آخر بنوعين، فيحمل على الشركة والمناصفة، كما يحكم في مثلها، لعدم الترجيح، وجواز المسامحة في المزارعة، حيث جوّزت بالحصة الغير المعلومة في الجملة، لاحتمال عدم حصول شيء اصلاً، وعلى تقدير الحصول، الحاصل غير معلوم، والاحتياط واضح.

قوله: وللعامل المشاركة الخ. يعني لعامل المزارعة ان يعمل بنفسه وان يشارك غيره في العمل بالاجرة وغيرها، وان يعامل الغير أي له ان يزارع غيره من غير اذن مالك الارض، اذا لم يكن شرط العمل بنفسه، لما تقدم في الاجارة، ولكن

ولو شرط التخصيص لم يجز التعدي.

والقول قول منكر زيادة المدّة. وقول صاحب البذر في الحصة.

لايسلّم الارض اليه الّا باذن المالك، فيضمن عند من يقول به في الاجارة، ولايزارع باقلّ ممّا اخذه من غير عمل عند من منع الاكثر في الاجارة وهو ظاهر.

واشترط البعض في هذا كون البذر من العامل، وبه يفرّق بين المزارعة والمساقاة حيث لاتجوز المساقاة من المساقي، ويجوز المزارعة من العامل، وعموم الادلة ـوتسلط الناس على اموالهم، وتملّك المنفعة والحصّة مع العمل، وعدم ظهور مانع ـ يفيد الجواز، ولوكان في المساقاة مايمنع من اجماع ونحوه فهو، والّا فينبغي القول به فيها ايضاً

ثم انّه قال(١): في شرح الشرايع: المراد بالمشاركة بيع العامل بعض حصّته المعلومة من الحصّة التي له في الارض، بعوض معيّن، وهو انما يكون ببلوغ الزرع اوان البيع، ويكون الثمن غير العمل على الظاهر.

وظاهر العبارات اعم من ذلك بل غير ذلك، فانا نفهم أنّ المراد أن يشارك غيره، بان يعمل معه العمل المشترط بعوض وغيره وكون العوض جزء من حصته، فكانّه يرجع الى المزارعة في البعض أو اجارة شخص لعمل بعوض او استعماله بغير عوض، فتأمّل.

قوله: ولو شرط التخصيص الخ. لاشك في أنّه لايجوز التعدي عما عيّن المالك الّا الى الاقلّ ضرراً او مساوياً، وقد تقدم مع التأمّل، ولايبعد ان يكون المراد عدم المشاركة، وعدم المزارعة، مع تخصيص العامل بذلك، وهو الظاهر.

قوله: والقول قول منكر زيادة المدّة. لا شك في كون القول قول المنكر مع يمينه، ولكن ينبغي ان لايكون ممّا يكذّبه العرف.

قوله: وقول صاحب البذر الخ. يعني اذا تنازع مالك الارض والعامل

---

(١) هكذا في بعض النسخ المخطوطة وفي ساير النسخ قيل بدل قال.

وقول المالك في عدم العارية، فيثبت الاجرة مع يمين الزارع على انتفاء الحصة، والوجه الأقلّ، وللزارع التبقية.

في الحصّة، فالقول قول صاحب البذر مع يمينه، لانّ الحصّة نماء ملكه، والاصل بقائه على مالكه، حتى يتحقق الانتقال شرعاً، فكان الحاصل في يد صاحب البذر، وثبت كونه له، والمنازع خارج يدّعيه، فعليه البينة، فالقول قول صاحب البذر مع اليمين اذا عدمت، كما في المدّة.

قوله: وقول المالك في عدم العارية الخ. يعني اذا ادّعى مالك الارض المزروعة المزارعة بحصّة معيّنة، والعامل منع ذلك، وقال: هي عارية عندي، فانكره المالك، فالقول قول المالك (مع اليمين ـ خ) في عدم العارية، فيحلف، وتسقط دعوى العامل، ويبقى دعوى المالك، فالقول قول العامل في عدم المزارعة والحصّة، لانّ الاصل عدمها كالعارية، ولأنّه منكر كالمالك للعارية، وقد اخذ الانتفاع من ارض الغير، والاصل فيه الاجرة، ولمّا لم يتعيّن ثبت اجرة المثل لمالكها.

ثم قال: الوجه الاقل، أي الوجه في هذه الدعوى ثبوت اقلّ الامرين من الحصّة التي يدّعيها المالك، واجرة المثل التي لزمته بعد التحالف، لانّ الزائد على الحصة منفي على المالك باقراره، فللعامل تبقية زرعه في الارض الى ان يدرك، لأنّه باتفاقهما زرع بحق، ثم اعطاء الاجرة.

ولو قلع المالك فليس له اجرة تلك المدّة.

ويمكن ان يقال: لايجوز له اخذ شيء، لأنّه ادّعى الحصة، وقد سقطت باليمين، فان الحق وعوضه لايمكن الاخذ في الدنيا بعد الحلف، كما هو مقرّر عندهم، ولأنّه لايدّعي عليه الّا الحصّة، وقد ثبت شرعاً نفيها، ولايدّعي غيرها، بل قائل بعدمه، فكيف يكلّف الشارع العامل بشيء آخر، ويأخذه هو، فلايحتاج الى التحالف، بان يحلف المالك بنفي العارية، اذ ليس للعامل عوض في تلك الدعوى، بل غرضه نفي الحصّة، وقد نفاها بيمينه.

ولو ادّعى المالك الغصب طالب بالاجرة، والارش، وطمّ الحفر، والازالة.

والخراج على المالك الأمع الشرط.

وبالجملة لاشك انّ المدعى هنا هو المالك للحصة فقط، والعامل منكر، واذا حلف سقطت، وليس للمالك دعوى أخرى، فان كانت مسموعة عمل بمقتضاها، وليس للعامل غرض متعلق بدعوى العارية، بل غرضه نفي دعوى الحصة وقد حصل، فلاتحالف، فتأمّل وسيجئ مثله في دعوى الاجارة والعارية.

واحتمل في القواعد فيها ماقلناه هنا، وجعله اولى، فلابأس به.

قوله: ولو ادّعى المالك الغصب الخ. يعني لو ادّعى المالك غصبيّة الارض في المسألة المفروضة مع معلومية كونها له، فله مطالبة العامل باجرة المثل للارض وارش الارض وطمّ الحفر وازالة ماوجده فيها من الامور التي تمنع من الانتفاع، وللمالك ايضاً قلع زرع العامل، لأنّه غاصب، ولا يسقط ذلك كلّه بدعوى العارية.

نعم له احلاف المالك، فاذا حلف المالك سقطت تلك الدعوى، بل ثبت حكم الغصبيّة.

قوله: والخراج من المالك الا مع الشرط. معلوم أنّ الخراج على صاحب الارض، لأنّه اجرتها، ويدلّ عليه الرواية(۱) ايضاً، بل في الرواية أنه ان زاد(۲) الخراج -بعد الاجرة والتقبيل- ظلماً، على ان يكون الخراج على العامل له حذف الارض بأنّه المنفور (النفور-خ)(۳)، لأنّه ظلم على صاحبه.

---

(۱) راجع الوسائل الباب ۱۰ و۱٦ من ابواب المزارعة.

(۲) في بعض النسخ الخطيّة: ان اراد بدل (زاد).

(۳) هكذا في النسخ.

وللمالك اجرة المثل في كل موضع تبطل المزارعة.
و يجوز الخرص، ويستقر بالسّلامة.

نعم اذا شرط كونه من البين لاشك في صحته،لعموم ادلّة الاشتراط(١)، وهو ظاهر.

قوله: وللمالك اجرة المثل في كل موضع تبطل المزارعة. يعني اذابطل المزارعة يثبت اجرة المثل لمالك الارض في جميع صور البطلان،مع تصرف العامل فيها باخذ الانتفاع، مع كون البذر له، فيكون الحاصل له، وللمالك اجرة الارض.

وجهه ظاهر، لأنّه اخذ الانتفاع من مال شخص من غير تبرّع وتعيين اجرة شرعاً، فيلزم العوض، وهو اجرة المثل، وله الحاصل لأنّه نماء ملكه وهو البذر.

وامّا اذا كان البذر من المالك يكون للمالك اجرة مثله، مع عدم علمه بالبطلان، اذ لا تبرّع حينئذ ويكون الحاصل للمالك.

واذا كان البذر منهما فالحاصل لهما بالنسبة، ولكل واحد على الآخر الاجرة.

ويمكن استثناء ماكان البطلان باسقاط الحصّة للمالك، كماتقدّم في الاجارة، فانّه حينئذ يكون ارض المزارعة كالعارية، فتأمّل.

قوله: ويجوز الخرص ويستقّر بالسلامة. يعني يجوز ان يخرص العامل ويتقبّل الزرع بمقدار معلوم، وكذا للمالك ان يتقبّل بان يقول كل من يتقبّل: (على أن أعطيك مقدار كذا وكذا) ونحو ذلك، ورضي الآخربه.

والظاهر أنّه لايحتاج إلى القبول اللفظي المقارن، وسائر شرائط العقود اللازمة، بل يكفي مايدلّ على الرّضا من الطرفين، وحينئذٍ يلزم ذلك.

ولكن استقرار اللزوم مشروط بالسّلامة، بان لايحصل آفة من الله تعالى،

---

(١) عوالي اللئالي ج٣ ص٢٠٨ الحديث٤٩.

....

واذا حصل يسقط بالنسبة، وليس لاحدهما الرجوع على الآخر.

والظاهر ان لااعتبار بالنقص بتقصير العامل، وانّ الفاضل له مهما كان، وأنّه يكفي تخمينهما او احدهما مع قبول الآخر، من غير اشتراط العدالة، فانّ الحق لا يعدوهما، وللانسان التصرف في ماله بمايريد مالم يمنعه مانع شرعي، وليس هنا ذلك.

والاصل في ذلك بعض الاخبار المتقدمة، فتذكّر، مثل صحيحتي الحلبي و يعقوب بن شعيب المتقدمتين(١) وغيرهما.

ولكن ليس فيهما انّ استقرار اللزوم مشروط بالسلامة، بل التقبيل بعد ادراك الثمرة.

ولكن دليله ظاهر.

وكذا دليل كون الزيادة له والنقص عليه، وهو العمل بالشرط، وأنّه كالمعاملة، وأنّ المقصود ذلك، (وعمومهما ايضاً يدلّ عليه ـ خ).

ويدل عليه ايضاً موثقة محمّد بن مسلم عن أبي جعفر وأبي عبدالله عليهما السّلام، قال: سألته عن الرّجل يمضي ماخرص عليه بالنخل (في النخل ـ خ ل) قال: نعم، قلت: أرأيت ان كان افضل ممّا خرص (يخرص ـ ئل) عليه الخارص أيجزيه ذلك؟ قال: نعم(٢).

ومارواه محمّد بن عيسى (في الصحيح) عن بعض اصحابه، قال: قلت لابي الحسن عليه السّلام انّ لنا أكرة فنزارعهم (فيجيئون ـ خ) فيقولون لنا قد حرزنا هذا الزرع بكذا وكذا، فأعطوناه ونحن نضمن لكم ان نعطيكم حصّته

---

(١) راجع الوسائل الباب ١٠ من ابواب المزارعة والمساقاة الرواية٢ والباب ١٨ منها الرواية٣.

(٢) الوسائل الباب ١٤ من ابواب احكام المزارعة والمساقاة الرواية٣.

....

(حصّتكم ـ خ ل) على هذا الحرز، قال: وقد بلغ؟ قلت: نعم، قال: لابأس بهذا، قلت: فانّه يجيئ بعد ذلك، فيقول لنا ان الحرز لم يجيئ كما حرزت، وقد نقص، قال: فاذا يزاد يرد عليكم؟ قلت: لا، قال: فلكم ان تأخذوه بتمام الحرز، كما أنّه اذا زاد كان له، كذلك اذا نقص(١).

ولايضرّ عدم الصحة بجهالة البعض(٢) لأنّه مؤيّد.

واعلم أنّ محل التقبيل هو ادراك الغلّة، كما هو المفهوم من الأخبار، وقد فسّر بانعقاد الحبّ، فتأمّل.

وايضاً قيل يتوقف صحته على ايقاع عقد بشرائطه كما في سائر العقود بلفظ الصلح او التقبيل على ماذكره الاصحاب، وقد اشرنا الى انّ الادلّة تدل على عدم ذلك كما في غيره، فتأمّل واحتط.

ووجه توقفه على السلامة من الآفات السماوية والارضيّة أنّه بمنزلة معاملة مشروطة بقبض العوض، ووصوله الى يد صاحبه الجديد، فلو لم يسلم، لم يحصل ذلك، كالمبيع اذا تلف قبل القبض، وامّا ان اتلفه متلف فهو ضامن، كما أنّه اذا تلف بتقصير من المتقبل، فهو مضمون على نفسه، فالحكم غير خال عن وجه، مع شهرته، بل كاد ان يكون اجماعاً، اذ المخالف غير ظاهر، مع التتبع، غير مانقل عن ابن ادريس من منع هذه المعاملة، وهو غير جيّد، للنصوص المتقدمة، وعموم ادلة العقود والشروط.

نعم قد يحصل التردّد في بعض اللوازم، مثل توقفه على السّلامة، مع كونه لازماً، على انّ ذلك غير بعيد لما قدّمناه من عدم الخلاف من القائلين به، فتأمّل.

---

(١) الوسائل الباب ١٤ من ابواب احكام المزارعة والمساقاة الرواية٤.

(٢) يعني (بعض اصحابه).

ولو كان الغرس يبقى بعد المدّة فعلى المالك الابقاء، او الارش لو ازاله.

قوله: ولو كان الغرس يبقى الخ. يعني اذا استأجر ارضاً للغرس مدّة معلومة مع العلم ببقاء الغرس بعد تلك المدّة، فيجب على مالك الارض ابقاء الغرس باجرته مادام باقياً او الارش، لو قلعه، فليس له القلع مجاناً، وكذا الكلام في الاجارة للزراعة، بل في المزارعة والمساقاة ايضاً.

وكان ينبغي ذكرها في الاجارة، ولعل وجه الحكم أنّه لما علم المالك بقائه واقدم فهو اذن بالبقاء، ولكن لمّا لم يكن صريحاً، ولم يكن متبرّعاً يلزم (له ـ خ) الاجرة،فان قلع يلزمه الارش، حيث غرّ المستأجر.

ولكن قد يقال انّ المستأجر لمّا اقدم على الاجارة بتلك المدّة خاصّة، فكأنّه اقدم على ان لااستحقاق له بعدها، وأنّه يجوز للمالك القلع.

ويؤيّده انّ الناس مسلطون على اموالهم(١) وأنّه لايخرج المنفعة من يد المالك الاّ برضاه، وماحصل.

ونقل الخلاف في الشرايع، ورجحَ الاوّل، والشارح رجّح الثاني، وهوغير بعيد، الاّ أنّه نقل عن فخر العلماء، أنه قال: لقد اجمع الاصوليون على اعتبار مفهوم حديث ليس لعرق ظالم حق(٢) وان اختلفوا في مفهوم الوصف مطلقاً.

وكأنّ هذا الحديث ثابت عند الكلّ، وهو موجود في التهذيب بسند غير صحيح في باب المزارعة، فهو دليل على الاوّل.

لعلّ منشأ اعتبارالمفهوم هناهوماثبت بالعقل والنقل أنّ لعرق محقّ وغير ظالم

---

(١) عوالي اللئالي ج٣ ص٢٠٨ الحديث٤٩.

(٢) رواها في التهذيب في باب المزارعة الرواية٥٥ راجع ج٧ من الطبع الحديث ص٢٠٦ ورواها في الوسائل في كتاب الغصب الباب٣ الرواية١ ح٦٧ ص٣١١ وفي عوالي اللئالي ج٢ الحديث٦ ص٢٥٧.

ولو كان من احدهما الأرض ومن الآخر البذر والعمل والعوامل، او من احدهما الارض والبذر ومن الآخر العمل، او من احدهما الارض والعمل ومن الآخر البذر، صحّ بلفظ المزارعة.

حق، وذلك كاف، ولايحتاج إلى هذا المفهوم، فانّ ذلك ظاهر، ولاشك أنّ العامل غير ظالم فلعرقه حقّ، امّا بان يخلّى بالاجرة او بقلع الغرس، وهو جمع بين المصلحتين ايضاً، فان لكلّ منهما دخلاً في الابقاء وتقصير (تقصيراً-خ) ما، فمنع الاجماع غير جيّد.

وكذا منع كونه بحق بأنّه بعد المدّة ظلم، كما فعله في شرح الشرايع، لأنّه ثبت بحق، وان كان المنع الثاني اولى.

ووجه الثاني لايخلو عن قوّة، لما تقدم، الّا أنّ الاوّل أحوط، وبالنّصف أقرب، فتأمّل.

قوله: ولو كان من احدهما الارض الخ. الظاهر ان لاخفاء في جواز الاحتمالات الممكنة في هذه مع الاشتراك في الامور الاربعة(١) كلا او بعضاً، ودليله عموم ادلة المزارعة وادلة الايفاء بالعقود والشروط، مع عدم منع ظاهر، وايضاً ان لاخصوصية بالاثنين، فيجوز بين الثلاثة ومازاد، لما تقدم، وليست المعاملة مطلقا ولا هذه موقوفة على النص الخاص شرعاً، بل يكفي العموم، ولهذا ليس في شيء من المعاملة بخصوصه دليل شرعي، كيف ولو احتاج الى ذلك لاشكل الامر، فانّه معلوم عدم ورود نصوص (نص-خ) في كل صنف صنف من كل معاملة مع العلم بالمغايرة بمثل هذه أي كون المتعاملين اكثر من الاثنين، وهو ظاهر، ولهذا يجوزون النكاح من الزوج فقط، بان يكون موجباً وقابلاً معاً مع وجوب الاحتياط في الفروج، وكذا يجوّزون في الطلاق كون المطلق زوجة بالوكالة(٢) مع

---

(١) المشار اليها في المتن. (٢) في بعض النسخ المخطوطة هكذا: وكذا يجوّزون في طلاق زوجته بالوكالة

ولو آجره بالحصة بطل.

عدم دليل بخصوصه، ومنع البعض الوكالة في الطلاق مع الحضور ومنع البعض وكالة النّساء خصوصاً المطلقة، وغيرهما، مع عدم نصّ، بل ورد نص (١) بعدم جواز الاتّحاد في النكاح، وليس لهم دليل الّا عموم العقود، وصدق النكاح، مع عدم ثبوت المنع.

وبالجملة امثاله كثيرة جدّاً، ولا يشترطون فيه النقل بخصوصه، وأنّه لو شرط لبطل اكثر ماذكروه.

فقول شارح الشرايع بعدم الصحة -اذا زاد على الاثنين محتجّاً بانّ القابل والموجب اثنان فيتمّ بهما، ولايتعدّى الى الغير، وانّ دليل المزارعة خبر حكاية خيبر، وليس فيه غير الاثنين، وكذا غيره من الاخبار عندنا، لماتقدم- غير ظاهر، على أنّه مايظهر من حكاية خيبر وغيرها كونهمااثنين فقط بل هو اعم.

بل الظاهر أنّ اهل خيبر كانوا كثيرين، فوقع بينه صلى الله عليه وآله وسلّم وبينهم، وبالجملة ماذكره نجده بعيداً جدّاً وهو اعرف.

والظاهر أنّه يمنع المزارعة فيما اذا اعطى احدٌ الارض والآخر البذر والآخر العوامل، ويكون العامل آخر لاشتراك الاثنين فقط في البذر والعمل فقط مثلاً، فتأمّل.

فانّ دليله لو تمّ لدلّ على نفيه ايضاً، اذالفرق مشكل.

قوله: ولو آجره بالحصة بطل. يعني لو اجر الارض اجارة لامزارعة، وجعل الاجرة الحصّة لم يصحّ هذه الاجارة،لوجوب العلم بالعوض في الاجارة، وليس، وهو ظاهر، ومفهوم من بعض الاخبار ايضاً.

ويحتمل ان يكون المراد لايصحّ المزارعة بلفظ الاجارة أي اذا اراد عقد

---

(١) راجع الوسائل باب ١٠ حديث ٤ من ابواب عقد النكاح ج١٤ ص٢١٧.

«المطلب الثاني في المساقاة»

وفيـه مقامان الاول في الاركان وهـي اربـعـة، العقد، والمحلّ، والمـدة، والفائدة.

مزارعة لايصحّ بلفظ الاجارة وهو بعيد.

قال في الشرايع ولو كان بلفظ الاجارة لم تصحّ، وقال في شرحه: لااشكال في عدم وقوع المزارعة بلفظ الاجارة لاختلاف احكامها، فان الاجارة تقتضي اجرة معينة الخ.

وفيه تأمّل لأنّـه لامانع من وقوع المـزارعة بلفظ الاجارة مع القصد والقرينة فان غايته كونه مجازاً معها ولا فساد فيه.

وايضاً يدلّ على صحّة المزارعة بلفظ الاجارة ـظاهراً مع الا تيان بشرائطها مـن ذكـر الحصة وغـيرهـا ايضـاً ـ مـثل ما في صحـيحـة أبي المعـزا عن أبي عـبدالله عليه السّلام، امّـا اجارة الارض بالطعام فـلا تأخذ نصيب اليتيم منه الّا ان تؤاجرها بـالرّبع الخ(١) وما في حسنـة الحلبي عنه عليه السّـلام، قال: لا تقبل الارض بحنطة مسمّاة، ولكن بالنصف الخبر(٢) وغيرهما.

«المطلب الثاني في المساقاة»

وفيه مقامـان الاوّل في الاركان الخ. المساقاة معـاملة على اصول ثابتة بحصّة من ثمرها، وهو ظاهر، ولهذا تركه، كأكثر التعاريف.

ومعلوم أنّ «المـعاملـة» بمنزلة الجنس، وانّ (على اصول) آلخ بمنزلة الفصل، يخـرج به المزارعـة، و(ثـابتـة) لاخـراج ما لا ثبوت لاصله وعـرقـه، كالخضراوات،

---

(١) و (٢) الوسائل الباب ١٦ من ابواب احكام المزارعة والمساقاة الرواية٧ و١.

....

والودى(١) التي لم تغرس، والمغروس الذي لم يثبت، ولم يستقر بعد، و(بحصّة من ثمرها) يخرج الاجارة.

ويمكن ان يكون المراد بالثمرة هو نماء الشجرة المغروسة الثابتة، فيدخل في المساقاة المعاملة على مايقصد ورده وورقه، مع ثبوت اصله، كالحناء والتوت.

ويحتمل ارادة المعهود، فلا يصحّ المساقاة الّا على اصول لها ثمرة متعارفة، ويؤيّده عدم صدق التعريف ظاهراً، وعدم شمول دليلها لها يقيناً، وعدم ثبوت نقل المساقاة في غيرها، فتأمّل.

وأمّا دليل جواز هذه المعاملة فهو الاجماع المدّعى في التذكرة(٢)، والاخبار من العامة والخاصة.

مثل مافي صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السّلام، انّ اباه حدّثه أنّ رسول الله صلّى الله عليه وآله أعطى خيبر بالنصف أرضها ونخلها (الحديث)(٣).

وصحيحة يعقوب بن شعيب، عن أبي عبدالله عليه السّلام، قال: سألته عن الرّجل يعطى الرّجل ارضه وفيها الرّمان والنخل والفاكهة، فيقول: اسق هذا من الماء (من هذا الماء) واعمره، ولك نصف ماخرج؟ قال: لابأس(٤) وصدق العقد والمعاملة والشرطيّة، مع (و ـ خ) عدم المنع، فيشملها عموم الادلّة، فتأمّل.

وأمّا كون اركانها، الاربعة المذكورة ـ العقد المركّب من الايجاب والقبول الصادرين من اهلهما، والمحل الذي يقع المساقاة عليه، وهو الاصل، والمدّة المشترطة،

---

(١) الوديّ ـ صغار النخل.

(٢) قال في التذكرة: هذه المعاملة جايزة عند علمائنا اجمع انتهى ج٢ ص٣٤١.

(٣) الوسائل الباب ٩ الرواية١ من ابواب احكام المزارعة والمساقاة ج١٣ ص٢٠٨.

(٤) الوسائل الباب ٩ الرواية ٢ من ابواب احكام المزارعة والمساقاة ولاحظ التعليقة المرتبطة بهذه الرواية ج١٣ ص٢٠٢.

وصيغة الايجاب ساقيتك، اوعاملتك، أو سلّمت (أسلمت ـ خ) اليك، وشبهه.

والفائدة التي هي الثمرة، والحصّة ـ فهي (فهو ـ خ) بحسب الاصطلاح، فانّه قد يجعل الاركان غير تلك، وقد يجعل ايّاها، والمقصود معلوم، ولانزاع فيه، فتأمّل.

قوله: وصيغة الايجاب ساقيتك الخ. قاعدتهم التي ذكروها مكرّراً ـ انّ كل عقد لازم يحتاج الى صيغة ايجاب وقبول لفظي، مع الاعراب، والعربية، والمقارنة، والماضوية، وعدم الاكتفاء بغيرها ـ تقتضى ذلك في هذا العقد ايضاً.

وقد اشار اليه في التذكرة وغيرها.

ولكن قد عرفت التأمل في تلك القاعدة، وعدم ثبوتها، لعدم دليل عليها.

نعم لابدّ من صدور مايدلّ على الرّضا الذي هو امر باطني، وشرط بالعقل والنقل.

ولعلّ في ترك المصنف والمحقق القبول هنا اشارة الى ذلك، وكذا في تجويز التذكرة الايجاب بكل لفظ.

قال في التذكرة: وبالجملة كل لفظ يؤدّي هذا المعنى، كقوله: تعهدت نخلي بكذا، اواعمل فيه بكذا، ولكن قال: لابدّ من القبول.

والظاهر انّ كلّما يصدق عليه العقد والمساقاة، فهو صحيح، والظاهر أنّه صادق على الأمر وغيره العقد والمساقاة.

ويدلّ عليه مافي الاخبار الصحيحة، مثل ما في صحيحة يعقوب بن شعيب، عن أبي عبدالله عليه السّلام، (في حديث) فيقول: اسق من هذا الماء، واعمره، ولك نصف ماخرج(١)(٢).

---

(١) الوسائل الباب ٩ من كتاب المزارعة الرواية٢.

(٢) في بعض النسخ المخطوطة هكذا: فتع ع ل وز بعيد.

وهي لازمة، لا تبطل بالموت، ولا بالبيع، بل بالتقايل.
وتصحّ قبل ظهور الثمرة وبعدها، ان ظهر للعمل زيادة.

فالجواز غير بعيد، كما تقدم في المزارعة، ويؤيده تجويز اقسام العقود اللازمة، مع عدم دليل بخصوصه سوى العام، فلا يتمّ أنّه لابدّ من النقل، وليس، فلايصح.

وكذا أنّه لابدّ من الاقتصار على اليقين، فلا يقين اذ عموم الأدلة مفيدة لليقين الشرعي الذي لابدّ منه فتأمّل.

والاحتياط أمر واضح.

والظاهر صحة المعاملة ايضاً كمامرّ في البيع وغيره، وان منع في التذكرة المعاطاة فيه وفي البيع.

قوله: وهي لازمة الخ دليله ما تقدم في أمثاله، من اوفوا،والمسلمون عند شروطهم، فلا يبطل بموت احد المتعاقدين، الّا ان يشترط العمل بنفس العامل، فيبطل بموته، ولا بالبيع كما تقدم، خصوصاً في الاجارة والمزارعة، بل يبطل بالتقايل.

لعلّ دليل البطلان بالتقايل هو الاجماع، وما تقدم، فتأمّل.

ومعلوم انّ المراد بالبطلان، بعد الصحّة، وباختيار المتعاقدين، فلا يضرّ ثبوت البطلان بغير التقايل أيضاً، مثل ظهور البطلان لعدم حصول شرط، ولا البطلان، لتعذر الانتفاع، مثل انقطاع الماء ونحوه، كما تقدم في المزارعة فتأمّل.

قوله: وتصحّ قبل ظهور الثمرة الخ. لاشك في صحة المساقاة، قبل ظهور الثمرة، لعموم الأدلة، وظهور تأثير العمل، فيستحق الحصّة بالعمل، وكذا بعده، ان بقي للعمل اثر يستحق به الأجر والحصّة، بان تزيد به الثمرة عيناً، او كيفية، بحيث يزيد ثمنه، لظهور الأدلة، وظهور الأثر، وأمّا اذالم يؤثر العمل اصلاً، بل يكون لمجرّد الحفظ مثلاً، فالظاهر أنّه لايصحّ المساقاة لعدم تحقق مفهومها، ولعلّه لاخلاف فيه

واما المحل فهو كل اصل ثابت له ثمرة ينتفع بها، مع بقائه، كالنخل والشجر.

ايضاً.

قال في التذكرة: لا تصح المساقاة على ثمرة قد وجدت، وبداصلاحها، واستغنت عن السّقي، ولم يبق لعمل العامل فيها مستزاد، اجماعاً، لانّها ـ والحال هذه ـ قد ملكها ربّ البستان، ولم يحصل بالمساقاة زيادة الثمار، والغرض بها تحصيل الثمار، او جودة اتباعها، فاذا لم يحصل الغرض خلا العقد عن الفائدة، فيكون باطلاً، وامّا اذا كانت الثمار قد ظهرت ولم يبد (ولم يبد ـ التذكرة) صلاحها، فان بقي للعامل مافيه مستزاد الثمرة كالتابير والسقي واصلاح الثمرة جازت المساقاة تحصيلاً لتلك الفائدة(١).

قوله: وأمّا المحل فهو كل اصل الخ. يعنى الثاني من الاركان هو المحلّ الذي يرد عليه عقد المساقاة، وهو كل اصل، أي شجر، وهو الذي له ساق، فلايصحّ على مثل النبات الذي لاساق له، كالبطيخ والقثاء وقصب السّكر وغيرها، وكذا البقول التي لاتجزّ الامرّة واحدة.

قال في التذكرة: لا تثبت المساقاة عليها اجماعاً، وامّا مايثبت في الأرض ويجزّ مرّة بعد أخرى فكذلك اذا لم يسمّ شجراً(٢) الى قوله: وهو اصحّ قولي الشافعي(٣)، فكأنّ هذا أيضاً اجماعى عندنا.

ولابدّ ان يكون ذلك الاصل والشجر ثابتاً له ثمر ينتفع بها، مع بقاء

---

(١) انتهى كلام التذكرة ج٢ ص٣٤٣.

(٢) قال في التذكرة: ونعني بالشجر ماله ساق، وهو مخصوص بذلك المساق، قال الله تعالى: والنجم والشجر يسجدان، قيل في التفسير، النجم مالاساق له من النبات، والشجر ماله ساق (نقل ذلك في بعض النسخة الخطية بخطه ره) ج٢ ص٣٤٢.

(٣) انتهى كلام التذكرة ج٢ ص٣٤٢.

وفي التوت والحنّاء نظر.

الاصل، كالنخل والشجر، فلا تصح على غرس المقلوع والودى.

ولعلّه دليله اجماع، وعدم صدق المساقاة، على ماعرفت من تعريفها.

وكذا على مالا ثمرة له اصلاً، مثل الخلاف، او له ثمرة غير منتفع بها مثل الصنوبر.

قوله: وفي التوت والحنّاء نظر. وجه النظر أنّه ليس لهما ثمرة عادة، اذ لايقال لما يحصل منها الثمر من الورق أنّه الثمر(١) فلا يصدق التعريف.

وأنّه ما كان فيما ثبت فيه المساقاة في زمانهم مثل الخيبر، وأنّه ثمرة بالنسبة اليها، وأنّ المقصود الحاصل من الثمرة يحصل منها، فيلحقان بما له ثمرة.

الظاهر أنّ الخلاف في التّوت الذكر، قال في التذكرة: امّا التّوت الأنثى، فانّه يجوز المساقاة عليه عندنا لأنّه مثمر، وأمّا التوت الذكر وماشبهه مما يقصد ورقه كالحنّاء وشبهه، ففي جواز المساقاة عليه خلاف، والاقرب جوازها، لأنّ الورق في معنى الثمرة، لكونه ممّا يتكرّر في كلّ عام، ويمكن اخذه والمساقاة عليه بجزء منه فيثبت له مثل حكم غيره، وكذا شجر الخلاف لاغصانها التي تقصد كل سنة او سنتين، والاقرب الجواز في التوت بنوعيه وكلّما يقصد ورقه، او ورده كالورد والنيلوفر والياسمين والآس وأشباه ذلك وكذا في فحول النخل، لانّ لها طلعاً يصلح كشّاً للتلقيح، فأشبه الثمرة(٢).

ولا يبعد قرب ماقرّبه، لعموم اوفوا، والمسلمون عند شروطهم، ولانّ الناس مسلّطون على اموالهم .فلهم مايفعلون فيها الاّ مامنع منه.

ولأنّه تصرّف في مال الغير باذنه، بل اكل مال بتجارة عن تراض، فيصح،

---

(١) في النسخة المطبوعة لما يحصل منها من الورق أنّه الثمر.

(٢) التذكرة: ج٢ ص٣٤٤.

وانما تصحّ اذا كانت الاشجار، مرئية.

ولو ساقاه على وديّ(١) غير مغروس ففاسد.

ولما تقدم، ولانّه قد يحتاج الانسان اليها في امثاله، فمنعها لايناسب الشريعة السمحة.

ولانّ الظاهر انّ بساتين الخيبر، وارضه ماكانت خالية عمّا لا ثمرة يعتدّبها، مثل فحول النخل، وغير معلوم اخذ التعريف من دليل، بحيث لايجوز غيره، اذ قد يكون ذكره لكونه متفقاً عليه، او اكثرياً، وغير معلوم، عدم كون مثله في الخيبر، بل الظاهر وجوده فيها، وعدم وقوع مثله في زمانهم ـ على تقدير التسليم ـ لايدلّ على العدم، كما في كثير من الفواكه التي ما كانت فيه، مع جواز المساقاة فيه اجماعاً.

قال في شرح الشرايع: وفي بعض الاخبار، مايدل على دخوله، أي دخول مثل الحناء في المساقاة.

ما رأيت شيئاً خاصاً، الّا مايدل على عموم الفواكه في الجملة.

لعلّه يريد العمومات، كما اشرنا اليه، لكنّه موجود في الكتاب(٢) ايضاً، فتأمّل.

ولو لانقل الاجماع المذكور ـ في شرح الشرايع في عدمها في غير المغروس ونحوه ـ لكان القول بالجواز فيه ايضاً متجهاً، لما تقدّم.

قوله: وإنّما تصحّ، الخ. كأنّه يلزم ذلك من تعريفها، حيث قيل فيه: لابدّ ان يكون شجراً له اصل ثابت، ولا يكون كذلك، الّا اذا كانت مرئية، ولأنّه مع عدم الرؤية مجهول، فتأمّل.

قوله: ولو ساقاه على وديّ، الخ. ينبغي جعل هذا تفريع ماسبق.

---

(١) الودي بالياء المشدّدة هو صغار النخل قبل ان يحمل (مجمع البحرين).

(٢) الظاهر أنّ المراد منه القرآن.

ولو كان مغروساً وقدّر العمل بمدّة لايثمر فيها قطعاً او ظناً او تساوي الاحتمالان بطل.

وتصح الى مدة يحمل فيها غالباً، وان لم يحمل.

قوله: ولو كان مغروساً وقدّر بمدّة الخ. يعني لو كان الوديّ مغروساً وظاهراً، كان مشتملاً على صحة شرطه من جهة المحل.

ولكن وقع الخلل في شرط المدة، فان شرط مدة معيّنة، لا تثمر في تلك المدّة -مثل هذا الوديّ علماً يقيناً اوظناً مأخوذاً من العرف والعادة، اويكون الاحتمالان متساويين في حصول الثمر الى تلك المدّة وعدمه- مبطل لعقد المساقاة، لجهالة المدّة وعدم الجزم بحصول الثمرة.

ولا يبعد تقييد ذلك بعدم الحصول، فانّه لو حصل الثمر في الاخيرين يحتمل صحة العقد ويأخذ الحصة، للاحتمال عند العقد، ومطابقته للواقع و اصل عدم اشتراط شيء آخر، وصدق التعريف، وعموم الادلّة.

وعدم تقدير البطلان لايبعد عدم اجرة المثل ايضاً للعامل مع علمه، فانّه متبرّع، كمن غارس على ان لايكون له شيء، واستأجر كذلك، كما تقدم.

وامّا مع الجهل فلا يبعد له اجرة المثل، خصوصاً مع علم صاحب الارض، بناء على قاعدتهم، انّ كل مابطل العقد يحصل للعامل اجرة المثل، لانّ الحاصل لصاحب الارض خاصّة، لبطلان العقد، فلابد للعامل من عوض لعمله، حيث ماكان متبرّعاً فتأمّل.

قوله: ويصح الى مدّة الخ. أي يصحّ عقد المساقاة إلى مدّة يحمل في تلك المدّة غالباً، وان اتّفق على خلاف العادة، فلم يحمل، ففائدة الحكم بالصحّة عدم استحقاق اجرة المثل للعامل.

وأمّا تكليفه باتمام العمل طول المدّة -مع حصول العلم بعدم حصول الحصّة، كما في انفاذ المال في القراض مع الجزم بعدم الربح والحصة- ففيه

ولو كانت الثمرة لا تتوقع الاّ في آخر المدّة صحّ.

ويشترط في المدة تقديرها بما لايحتمل الزيادة والنقصان، وان تحصل الثمرة فيها غالباً.

اشكال، كما نقل عن التذكرة، والظاهر العدم، فانّ الظاهر أنّه كالمعاوضة، فمع عدم العوض لاينبغي التكليف، فانّه مثل تلف المبيع قبل القبض، ولو سلّم في القراض ماذكر لدليل، فلايقاس، والاّ يجيئ المنع فيه ايضاً، مع امكان الفرق، فتأمّل.

قوله: ولو كانت الثمرة الخ. يعني لايشترط في صحة (حصول ـ خ) العقد حصول الثمرة في اثناء جميع هذه المدة المشترطة، بحث يكون في اوّلها ووسطها ايضاً، او بحيث يبقى بعد حصول الثمرة مدّة كثيرة من تلك المدّة، بل يكفي حصولها في تلك المدّة، وان كان في آخرها، فلو ساقاه عشر سنين ولم يحصل الثمرة الاّ في السنة الأخيرة صح العقد.

ودليله عموم الادلّة، ويكون العمل كلّه في مقابلة حصة السنة الاخيرة، فلا يضرّ خلو الباقي عن عوض معيّن.

قوله: ويشترط في المدة الخ. كأنّه اشارة الى الركن الثالث وبيانه، ويكون ماتقدم من تتمّة بيان المحلّ، وان كان للمدّة ايضاً دخل فيه، ويحتمل ان يكون من قوله: (ولو كانت الخ) في بيان المدّة، وكلاهماغيرجيّد،ولكن الأمر هيّن.

وأمّا اشتراط تقدير المدّة بما لايحتمل الزيادة والنقصان، فلرفع الجهالة، كما تقدم في المزارعة والاجارة وغيرهما.

وقد نقل عن ابن الجنيد الاكتفاء في التقدير بحصول الثمرة، وأنّه مع الخلو عن المدة مطلقا باطل، قولاً واحداً.

وذلك غير بعيد، للضبط عادة في الجملة، وللاصل، وعموم الأدلة، فتأمّل.

ولابدّ ايضاًمن كون تلك المدّة ممّا يحصل فيها الثمرة المطلوبة (غالبا ـ خ)،

ويشترط شياع الفائدة.

فلو اختصّ بها احدهما ـ او شرط مقداراً معيّناً، لا بالجزء المشاع، والباقي للآخر اولهما، او شرط ثمرة نخلات بعينها، والباقي للآخر ـ لم يصحّ.

ويجوز اختلاف الحصّة من الأنواع، اذا علم العامل مقدار الانواع.

ولو ظنّاً مأخوذاً من العادة، لأن الغرض حصولها، فلولم يكن العقد مشتملاً على الغرض فلا يحصل، وقد اشار اليه المصنف، فيما قبل، فتأمّل.

قوله: ويشترط شياع الفائدة. اشارة إلى الركن الرّابع، وهي الثمرة الحاصلة من الاشجار التي هي محل العقد، ولاشك في اشتراط كونها شايعة، ليكون مساقاة، فانه لو لم يكن كذلك لم يكن مساقاة، بل اجارة، ان كانت معيّنة، وجوّزت الاجارة بلفظ المساقاة، وكان العقد بلفظها والا فالمساقاة (مساقة ـ خ) باطلة.

قوله: فلو اختص بها احدهما الخ. تفريعها على شيوع الفائدة ظاهر، أي اذا كان شيوع الفائدة شرطاً، فلو اختص الفائدة باحد المتعاقدين ـ العامل وصاحب الغرس، او شرط مقداراً معيّناً من الثمرة لاجزءً مشاعاً لاحدهما وشرط الباقي للاخر او شرط الباقي لهما اوشرط ثمرة نخلات بعينها من البستان الذي وقع المساقاة عليه لاحدهما وجعل الباقي للآخر ـ لم يصح العقد، وهو ظاهر مع ثبوت اصله، فتأمّل.

قوله: ويجوز اختلاف الحصة الخ. يعنى اذا كان في البستان الذي ساقا عليه انواع مختلفة من الثمرة، واشترط الثلث من احدهما والنصف من الآخر مثلاً صحّ المساقاة، بشرط علم العامل بمقدار كل نوع من تلك الانواع.

ومفهوم الكلام يدل على عدم الصحة، لو لم يعلم، وجهه الجهالة، وكذا

ويكره اشتراط ربّ الارض مع الحصّة شيئاً من الذهب والفضة (ذهب وفضة ـ خ) ويجب الوفاء مع السلامة.

مفهومه الصحة لو لم يكن الحصة مختلفة، بل اذا ساقاه على ذلك البستان بالنصف مثلاً صحّ مطلقا، سواء علم مقدار الانواع ام لا.

وهو مشكل، فان الجهالة واقعة، فلو كانت مانعة من الصحة لمنعت هنا ايضاً، وكونه مفهوماً من الكلام غير واضح، فلا يبعد عدم الصحة، بناء على اعتبار العلم وعدم الجهالة، فتأمّل.

قوله: ويكره اشتراط رب الارض الخ. يعني يكره ان يشترط مالك الارض على العامل ان يأخذ منه مقداراً معيّناً من الذهب او الفضّة، بل يكره له ايضاً قبول ذلك، ولكن يجب الوفاء بماشرط، مع سلامة، ماساقاه عليه، من الآفات مطلقا، وان كان ماحصل له اقلّ ممّا اخذ منه، من الذهب او الفضّة مع حصول التعب.

وأمّا دليل الجواز واللزوم فهو ادلّة الشرط ولزومه، مثل اوفوا، والمسلمون عند شروطهم.

وامّا كونه مشروطاً بالسلامة فلحصول الغرر (الضرر ـ خ) اذ يذهب تعبه، ويحصل عليه ضرر آخر باعطاء الزائد من الذهب، والفضة، فلا يبعد دخوله تحت اكل مال بالباطل.

ويحتمل ان يكون السلامة في الجملة، والسلامة عادة، بحيث لاينقص من الثمر المعتاد شيء (امر ـ خ) يعتاد به عرفاً.

والظاهر عدم الفرق بين كونهما اكثر من الحصّة وعدمه.

والظاهر ايضاً عدم الفرق بينها وبين غيرهما من الاموال.

ولعلّ دليل الكراهة الاجماع على مايفهم من شرح الشرايع، مع مايتخيّل من احتمال الضرر، وأنّه اذا كان زائداً، او مثل ثمن الحصة التي تحصل له تخميناً،

ولو شرط فيما سقت السماء النصف، وفيما سقي بالناضح الثلث، او شرط مع الحصّة جزءً من الاصل، بطل.

لايبعد تحريمه، وعدم صحة العقد، فانّه ضرر منفيّ، بل يمكن خروج العامل بذلك من (عن ـ خ) الرّشد، الّا ان يعرض له نفع يعتدّ به.

وكأنّه الى ذلك نظر العامّة، حيث حكموا بالحرمة، ولكنه ايضاً على اطلاقه غير ظاهر، فينبغي التفصيل.

والظاهر أنّ حكم الاصحاب على الكراهة مبنيّ على عدم الضرر والسفاهة، فانّه معتبر في جميع المعاملات، وتركوه للظهور والكراهة ـ لاحتمال النقص والحصّة فيستغرقها ماشرط، وينقصها مع حصول التعب ـ بعيد(١).

نعم لو شرط العامل على المالك شيئاً غير الحصّة، فلا يبعد عدم الكراهة، والكراهة ايضاً للاحتمال المتقدم، وجبر النقص بتعمير الارض والشجر وعدم اشتراطه بالسلامة لذلك، فتأمّل.

قال في التذكرة: يكره ان يشترط احدهما لنفسه شيئاً من ذهب او فضة، وان شرط ذلك وجب الوفاء به مع السلامة.

قوله: ولو شرط فيما سقت السماء الخ. ظاهر العبارة انّ المراد اذا كان في البستان مايسقى بالسماء، أي لايحتاج الى السقي بنحو (بمثل ـ خ) الناضح، بل يحتاج الى عمل يسهل معه دخول الماء تحت الأشجار وغيره من العمل، وفيه مايسقى بمثل الناضح، وهو البعير الّذي يسقى عليه من البئر، وشرط المالك لنفسه نصف الثمرة ممّا يسقى بالسماء والثلث ممّا يسقى بالناضح، يُبطل هذا العقد.

وسبب البطلان غير واضح، الّا ان يحمل على الجهل بمقدار كل واحد منهما بالكليّة، فيصحّ مع العلم في الجملة.

(١) ولعل الصواب بعيدة بدل بعيد.

«المقام الثاني في الاحكام»

واطلاق العقد يقتضي قيام العامل بكل عمل يتكرّر في كل سنة، وتحتاج الثمرة اليه من السقي والتقليب وتنقية الاجاجين(١) والانهار

وهذه غير المسألة المذكورة في القواعد والشرايع: ان سقى بالسماء فله النصف، وان سقى بالناضح فله الثلث، يبطل للجهالة، فلا يمكن ان يقال: وعبارة القواعد اجود من هذه، لأنّ المسألة مغايرة.

نعم ان كان المراد بهذه العبارة مراد عبارة القواعد، لاشك في ذلك، ولكن لايفهم ذلك من هذه اصلاً، بل المفهوم ما ذكرنا.

مع امكان المناقشة، في عدم صحة ماذكر في القواعد، ولذلك قال في الشرايع: وفيه تردّد، فانه يمكن الصحة، كما مرّ في الاجارة، ان خطّه فارسياً فلك كذا وروميّاً فلك كذا، مع احتمال البطلان هناك أيضاً، او خروجه بدليل خاصّ ايضاً، وقد مرّ مفصلاً، فتأمّل.

وكذا يبطل لو شرط للعامل جزء من الاصل مع الحصّة.

ولعل دليل البطلان أنّه خارج عن مفهوم المساقاة، فان مفهومها يقتضي الاقتصار في الاجرة على الحصّة من دون الاشتراك في الاصل.

وفيه تأمل اذ مانجد مانعاً من الصحّة، وكونه مساقاة أيضاً الّا ان يقال: قد وقع الاجماع على عدم انعقاد مثله مساقاة وبلفظ المساقاة، فتأمّل.

«المقام الثاني في الاحكام»

قوله: واطلاق العقد يقتضي الخ. اشارة الى مايجب على العامل

---

(١) الاجّانة موضع الماء تحت الشجرة والجمع اجاجين ومنه يجب على العامل تنقية الاجاجين والمراد ←

وازالة الحشيش المضرّ وتهذيب الجريد والتلقيح والتعديل واللقاط واصلاح موضع التشميس (الشمس ـ خ ل) ونقل الثمرة اليه وحفظها.

من العمل مع الاطلاق.

واما مع الشرط فلا شك في لزومه، مع عدم كونه حراماً ومنافياً لمقتضى العقد، وهو ظاهر.

وامّا دليل اقتضاء الاطلاق ماذكر، فهو العرف والعادة، فان العادة تقتضي انّ جميع مايحصل به نفس الثمرة وجودتها وزيادتها عرفاً من الاعمال، على العامل، وكأنّ ضابطه مايتكرّر كلّ سنة، مما فيه صلاح الثمرة وتحتاج إليه حصولاً وزيادة وجودة، منه السقي وتقليب الأرض وحرثها المحتاج اليه عرفاً وتنقية الاجاجين وتهذيبها ممّا يمنع مكث الماء ووصوله الى اصل الشجرة، وهي جمع اجّانة بالكسر والتشديد، والمراد بها هنا الحفرة التي تحت اصل الشجرة، يقف فيها الماء، وكذا تنقية الانهار وازالة الحشيش المضرّ وتهذيب الجرائد، أي قطع مايحتاج الى قطعه، كالاجزاء اليابسة، من كرم العنب والاغصان اليابسة، بل المضرة من الاشجار، سواء كانت يابسة او رطبة، وسواء كانت مضرّة للاصل او للثمرة، مع اقتضاء العرف، وتلقيح الأنثى من الذكر على الوجه المعتبر، وتعديل الثمرة أي اصلاحها بازالة مايضرّها عنها من الاغصان والاوراق، ليصل اليها الهواء والشمس، ومايحتاج اليها، وليسهل اخذها عند الادراك ، بل وازالة بعض الثمرة ايضاً، اذا كان لها دخل في نموّ الباقي وجودته على الوجه المعتبر عرفاً، ووضع الحشيش ايضاً ونحوه عليها لمنعها عن الشمس المضرّة ورفعها عن الأرض مع المضرّة، اذا كانت على الارض، وغير ذلك ممّا يعلم، ويقضي به (عليه ـ خ) العرف.

ومنه اللقاط ايضاً، قيل بفتح اللام وكسرها، لقاط الثمرة اخذها في اوانها

مايحوط حول الأشجار (مجمع البحرين).

وما لايتكرّر في كل (لكل ـ خ ل) سنة، ويعدّ من الاصول، فهو على المالك، كحفر الآبار والانهار وبناء الحائط ونصب الدّولاب والدالية والكش(١).

عن محلّها، بحسب العادة، فما يؤخذ عنباً او رطباً، ففي وقتها، وكذا مايؤخذ للزبيب او التمر او القصب في زمنها، ومايؤخذ للدّبس ويعمل، فلايؤخذ الا آخراً بعد صلاحيّته لذلك، ويحتمل ارادة اخذ مايسقط (سقط ـ خ) من الشجر على الأرض.

ومنه ايضاً اصلاح موضع التشميس أي الموضع الّذي يجعل الثمرة هناك الى الشمس (التشميس ـ خ) لتيبس بها، ان كانت العادة فيه ذلك، ونقل الثمرة الى ذلك الموضع، وحفظ الثمرة الى محلّ القسمة عادة، سواء كانت على اصولها او في موضع التشميس او غير ذلك، والنقل الى البيوت عادة، وغير ذلك، وكلّ ذلك يعلم من العرف وعادة كل بلد وكل الثمرة (ثمرة ـ خ).

قوله: **وما لايتكرّر في كل سنة الخ.** أي جميع ما لايتكرر في كل سنة ـ ويعدّ ذلك ممّا يتعلّق بالاصول، أي يصل نفعه الى الاصول بالذات، وان حصل للثمرة ايضاً نفع ـ فهو على مالك الاصل دون العامل، وهو بحسب العادة كحفر الآبار والأنهار التي منها تسق الاصول وبها تبق، وبناء الحائط.

قيل: لافرق بين الجميع والبعض، حتى وضع الشوك على رأس الحائط، كذا ذكره في شرح الشرايع والتذكرة، فتأمّل.

ولاشك في ذلك بعد اقتضاء العرف، ونصب الدولاب والدالية والكش وهو مايلقح من الفحل على الأنثى، ولابعد في ذلك، لأنّ الذي على العامل هو العمل، يعنى التلقيح مثلاً، لامايحتاج اليه كالكاغذ والخيوط للكاتب والخيّاط.

نعم لو اقتضت العادة خلاف ذلك يتبع، وغير ذلك.

---

(١) الكش مايلقح به النخل (المنجد).

ولو شرط على العامل لزم.

ولو شرط العامل العمل كلّه على المالك، بطل، ولو شرط البعض لزم.

ولو شرط ان يعمل غلام المالك معه جاز ولو شرط عمله، لخاصّته، (لخاصّة ـ خ).

وبالجملة اكثر هذه الاحكام مأخوذ من العرف، ومبني هذا العقد على المساهلة، فلا يضرّ الجهل في الجملة، والغرر كذلك، فتأمّل.

قوله: ولو شرط على العامل لزم. لاشك في لزوم ماشرط على العامل ممّا هو غير لازم عليه، بل على المالك فقط، لدليل المسلمون، واوفوا، مع عدم المانع، وكذا العكس، مع ابقاء عمل تستزاد به الثمرة، وقد نقل المنع من هذا عن الشيخ، في شرح الشرايع، والوجه غير ظاهر.

قوله: ولو شرط العامل العمل الخ. دليل بطلان المساقاة ـ على تقدير شرط العامل العمل كلّه على مالك الارض ـ ظاهر، وهو أنّه يصير مساقاة من غير عوض من جانب العامل، فهو كالبيع بلاعوض، والاجارة كذلك.

ولا شك في الصحّة ايضاً لو شرط على المالك بعض العمل، على تقدير التعين، بحيث لايلزم الجهل المضرّ المبطل، لانّ المسلمين عند شروطهم واوفوا، مع عدم المانع المخصص.

قوله: ولو شرط ان يعمل غلام المالك الخ. أي لو شرط العامل ان يعمل عبدالمالك معه الذي عمله مِلْك له، في البستان الذي محلّ المساقاة، مع العامل، صحّ العقد والشرط.

دليله ماتقدم، وغاية مايلزم ان يكون الحصّة في مقابلة بعض العمل، ولا محذور فيه، مع التراضي، وان كان عمل العامل قليلاً.

ويصحّ لو شرط عليه اجرة الأُجراء، او خروج اجرتهم منها (منهما ـ خ).

وكل موضع يفسدفيه المساقاة،فللعامل الاجرة،والثمرة للمالك.

وكذا لو شرط العامل على المالك كون عمل غلامه لخاصّه، أي في ملك العامل خاصّة، بان يكون له ارض مثلاً، بشرط ان يعمل الغلام في تلك الارض، وقد منع في شرح الشرايع اوّلاً، ثمّ تردّد، ثم رجّح مطلقا، وهو غير جيّد.

نعم يمكن ان يقال لاينبغي ذلك، اذا كان عمل الغلام مساوياً لعمل العامل اواكثر، لانّه يلزم كون الحصّة بلا عوض، لان عمل العامل في مقابلة عمل الغلام له وفي ملكه خاصّة، فيصير عقد المساقاة بلا عوض من جانب العامل فيلزم البطلان.

ويمكن ان يقال: قد يكون عمل الغلام كلّه في مقابلة بعض عمل العامل، وان كان عمل الغلام اضعاف ذلك، ولا مانع منه مع التراضي، فتبقى الحصّة في مقابل (مقابلة ـ خ) العمل، وان كان قليلاًجداً والحصّة كثيرة كذلك، لعدم المانع، وعموم ادلّة الصحّة من وجوب الايفاء بالعقود والشروط، فالصحّة مطلقا ـ كما في المتن ـ ارجح.

قوله: ويصحّ لو شرط عليه الخ. يصحّ الشرط والعقد لوشرط العامل على المالك اجرة الأجراء، مع تعيين الأجرة والعمل.

وكذا لو شرط خروجها من البين ثم يقسّم الحاصل.

دليله يعلم ممّا تقدم، ومعلوم ايضاً انّ المراد مع بقاء بعض العمل الذي يستزاد به الثمرة للعامل، وانّما ذكره، اشارة الى ردّ منع الشيخ، كما نقل في شرح الشرايع، وهو غير ظاهر، وكذا منعه من اشتراط شيء ممّا على العامل على المالك.

قوله: وكل موضع يبطل (يفسد ـ خ) فيه المساقاة الخ. تحريرها

ولو ساقاه الاثنان واختلفا في النصيب صحّ، ان علم حصّة كل منهما والّا فلا.

ودليلها، والاستثناء(١)، يعلم ممّا تقدم في المزارعة وغيرها فتذكر.

الّا أنّه يمكن حصول اقلّ الأمرين في بعض الصور، مثل ان عيّن اجرة معيّنة، او عين ثمرة نخلات لاحدهما والباقي لهما، او للآخر، وبالجملة في جميع الصور التي ذكر له عوض، وبطل، له اقلّ الامرين، لأنّ الأقلّ ان كان (٢) اجرة المثل فظاهر، وان كان ماعيّن فلا يعطى اكثر منه، لأنّه صار كالمتبرّع.

وايضاً يمكن ان يقال: ينبغي ان يقيّد صورة الاستثناء بالعلم، بعدم استحقاقه شيئاً، والّا فمجرّد عدم اشتراط الحصّة، بل شرط عدمها ايضاً لايستلزم التبرّع المستلزم لعدم الاجرة وكذا العلم بالفساد في جميع صور البطلان، فتأمّل.

قوله: ولو ساقاه الاثنان الخ. يعني لو كان بستان لمالكين، وقال احدهما بوكالة الآخر ايضاً لعامل واحد: ـ ساقيناك هذا البستان، بان يكون لك من حصّتي النّصف ومن حصّة شريكي الثلث مثلاً ـ صحّت.

بشرط علم العامل بمقدار حصّة كل واحد في البستان، ولا يكفيه العلم بالبستان فقط، لئلا يلزم الجهل في الحصّة المضر بالصحّة.

فلو جهل بطلت المساقاة، فيلزم اجرة المثل له، والثمرة لهما مع الجهل بالمسألة، ولا شيء له مع العلم، فتأمّل، فانّه يصير حينئذ متبرّعاً بالعمل فلا اجرة له.

وتصحّ مع اتحاد الحصّة، بانّ له في كلّ البستان النصف مثلاً، ولايحتاج حينئذٍ الى معرفة مقدار مالكلّ واحد من الاشجار التي فيه، لعدم الجهل بالحصة

---

(١) يمكن ان يكون اشارة الى ماتقدم في المزارعة ـ عند شرح قول المصنف: وللمالك اجرة المثل ـ من قوله: ويمكن استثناء ماكان البطلان باسقاط الحصّة للمالك الخ.

(٢) في النسختين المخطوطتين: ان كان له.

و لو ساقاه على بستان على أن يساقيه على الآخر صحّ. ولو هرب العامل ولاباذل جاز له الفسخ والاستيجار عنه بإذن الحاكم، وان تعذر فبغير اذنه مع الاشهاد، لابدونه.

المانع، فيشمله عموم الادلة.

ويمكن أن يقال: انّ الناس قد يتفاوتون في المعاملة، ويحتمل ان يكون احدهما ممّن لايرضى بمعاملته العامل، ان كانت حصته كثيرة، ويرضى مع القلّة، فلابد من المعرفة، ولكن الاصل ينفيه.

وكذا ترك العامل التفصيل مع علمه بالشركة، نعم ينبغي الاعلام بالشركة، فتأمّل.

قوله: ولوساقاه على بستان الخ. أي اذا قال: ساقيتك على هذا البستان على ان اساقيك على(١) بستان آخر صحّ العقد، ويجب عليه الوفاء بالشرط، بمعنى أنّه يلزم ذلك للزوم العقد الاوّل، فلولم يفعل يتسلّط(٢) الآخر على الفسخ، مع احتمال حصول الاثم بترك الامر بالوفاء بالعقد والشرط، وهذا الشرط مثل سائر الشروط، في البيع ونحوه.

فمنع الشيخ رحمه الله صحّة هذا العقد ـ محتجّاً بأنّه كالبيعين في بيع واحد، بان يقول: بعتك هذا العبد بالف على ان تبيعني عبدك، بماة، وهو غير صحيح، فكذلك هذا، على مانقله (نقل عنه ـ خ) في شرح الشرايع ـ غير واضح اصلاً وفرعاً، فانّا نجده شرطاً غير مخالف للكتاب والسنّة، وغير مناف لمقتضى العقد، فيصحّ كغيره، لعموم الادلة.

قوله: ولوهرب العامل الخ. يعني اذا ساقاه ثمّ هرب العامل مع بقاء

---

(١) في بعض النسخ: على الآخر.

(٢) في النسختين: لم يتسلط الآخر ولعلّ الصحيح ماثبتناه.

....

العمل، لم ينفسخ بمجرد هربه، ولا يجوز له الفسخ ايضاً بمجرده، للزومه، فيستصحب، حتى يثبت الفسخ، كما اذا امتنع مع حضوره عن العمل، بل له ان يطلبه ويكلّفه العمل، فان أبى او تعذّر، فان بذل بدله العمل شخص آخر -ولو كان المالك بنفسه اوبمن يقوم مقامه- فهو كما فعله العامل، والاّ رفع امره الى الحاكم، فيطلبه ويجبره، فان تعذّر يأخذ من ماله، ويستأجر للعمل، وان لم يكن له مال فليستأجر بالدّين عليه، وان تعذّر فيمكن ان يستأجر من بيت المال مع المصلحة، ثمّ يأخذ من حصّته ذلك، ويحطّ في بيت المال، فان تعذّر الحاكم، ولو باعتبار عدم قدرته على احد الامور المذكورة لمانع -ولا يبعد كون المشقّة مثل التعذّر- فيستاجر المالك عنه باجرة المثل، بالاشهاد، ثمّ يوفيه من الحصّة، ان تعذّر الاستيفاء من العامل.

ولا يبعد حينئذ ايضاً بعد اذن الحاكم مع الامكان، وان زادت(١) يردّ عليه، وان نقصت يؤخذ منه، وهو دين عليه يلزم به.

وان لم يمكن الاشهاد يمكن ذلك ايضاً، للضّرر، ولزوم العقد، ولكن يقصد (بقصد-خ) الرجوع والاستيجار عنه، لامتبرّعاً.

وظاهر المتن عدم ذلك الاّ مع الاشهاد مطلقا، كما هو ظاهر البعض.

ويمكن تقييده بالامكان، كما هو الظاهر، لما تقدم.

وقيل بجواز الرّجوع، بمحض القصد ونيّة الرّجوع، وان ترك الاشهاد، مع الامكان، وانّما الاشهاد للالزام والاخذ بالحكم، لاللثبوت في هذا الامر، وان منع ذلك يكون القول قوله مع اليمين على ذلك، فانّ الاطلاع على قصده غير ممكن لكن

---

(١) يعني وان زادت الحصّة على اجرة المثل يرد المالك الزيادة على العامل وفي جانب النقصان يؤخذ من العامل.

....

التسلط على مال الناس، والاستيجار لهم محلّ التأمّل.

ثم اعلم أنّه يمكن ان يقال: ان كان العقد يقتضي كون العمل من العامل لاغير، او بحيث لايوجد (يؤخذ-خ) الشرط من غيره، فينبغي جواز الفسخ للمالك، للزوم الحرج والضرر، لو لم يجوّز ذلك، وان وجد باذل متبرّع وحاكم يعيّن بدله من يعمل.

وهو ظاهر، بل مع الاطلاق والاتيان بالعمل المشترط ايضاً، خصوصاً مع عدم الباذل، وتعذّر الحاكم، بل مع الاحتياج الى اعلامه.

لانّ ذلك تكليف منفي بالاصل، ولانّ حقّه ثابت في ذمة العامل، فله ان لايقبل عن غيره، ولايجب عليه تحصيله من غيره، وان امكنه.

ولانّ الحصة له بشرط العمل، واذا أبا عنه اسقط هو حقّه، كما قيل: إنّ لأحد طرفي البيع الامتناع من حق الآخر على تقدير امتناع الآخر، وكذا الاجارة.

ولانّ شرط العمل ليس بأقلّ من اشتراط شرط في العقود كلّها، فانّهم صرّحوا بانّ فائدة الشرط فيها على تقدير عدم اتيان من شرط عليه به جواز الفسخ للآخر.

ولأنّهم جوزوا للبايع الخيار بعد الثلاثة قبل قبض المبيع، وان جاء بعده بالثمن.

واعلم ايضاً انّ اصل هذا الحكم والبحوث التي ذكرناها يجرى (يجيئ-خ) في اكثر العقود، مع انّهم ماذكروه، فتأمّل.

وان الذي ذكرناه خصوصاً: (ولانّ شرط العمل الخ)(١) يجري حاصله في العقود التي يجوز فيها اشتراط شيء، ويلزم جواز الفسخ على تقدير الامتناع، مثل

---

(١) هذه الجملة بيان لقوله قدّس سرّه: وانّ الذي ذكرناه.

والقول قول العامل في عدم الخيانة، وعدم التفريط.

ولو ظهر الاستحقاق للاصل، فللعامل الاجرة على الآمر، ويرجع المالك على كل منهما بنصيبه.

البيع، فافهم.

فلو امتنع احدهما عن (من-خ) بذل العوض، ينبغي ان يكون للآخر الفسخ، ولكن ثبوت المال للآخر بالدليل -مع عدم دليل صريح بجواز الفسخ، وان جاز في الشرط لدليل خاص، مثل اجماع ونحوه- منعهم عن ذلك احتياطاً.

فتأمّل في كونه احتياطاً وحسناً، بعد تجويزهم ذلك للشرط، فانّا نفهم كونه في مثل هذا العقد بالطريق الاولى.

ويؤيّده قولهم بجواز الامتناع عن التسليم، حتى يتسلم العوض، مع وجود الملكيّة والحقّ.

قوله: والقول قول العامل الخ. أي لو ادّعى المالك على العامل خيانة او تفريطاً، فالقول قوله مع اليمين، لأنّه منكر.

قوله: ولو ظهر استحقاق الاصل الخ. يعني لو كان الاصل الذي هو محلّ عقد المساقاة مال الغير، وقد عومل بغير اذنه، فللعامل اجرة المثل على الآمر، أي الذي ساقاه. والظاهر انّ المراد مع جهله بالحال، لأنّه غرّه.

ويمكن هنا اقلّ الامرين(۱)، كما تقدم عن قريب، ويرجع المالك على العامل، بنصيبه الذي اخذه، وكذا على الآمر، ويأخذ الاصل عمّن كان بيده، لانّ له اخذ ماله ممّن اخذ.

ولايبعد بناء على قواعدهم -انّ للمالك(۲) الرّجوع على كل من وضع يده

---

(۱) يعني اقل الامرين من الاجرة والحصة.

(۲) بيان لقوله قدّس سرّه: لقواعدهم.

وليس للعامل ان يساقي غيره.

والخراج على المالك، الّا مع الشرط.

على الغصب وتصرّف فيه ـ الرجوع على كل واحد منها بالجميع، مع تصرّفهما في النماء الذي يوجب الضمان وتلف ذلك، حيث وضع يده عليه، وتصرف فيه، ولكن يرجع كل منها (على الاخر ـ خ) بما حصل له وبالجملة حكمه حكم الغصب.

ولا يرجع على تقدير عدم حصول الثمرة وتلفها بآفة من دون اختيارهما، وهو ظاهر، فتأمل في صورة التلف.

قوله: وليس للعامل ان يساقي غيره. هذا مع اشتمال العقد على كون العمل بنفس العامل ظاهر، لاغير، بل يمكن مع الاطلاق الشامل له ولغيره، المساقاة لغيره، كما في الاجارة والمزارعة، وهذا يجوز له ان يستأجر حينئذٍ من يعمل له عوضاً عنه، فان حاصلها استيجار العامل العمل في الذمة، فله ان يفعل بنفسه وبغيره.

ولكن لايسلّم الاصل الّا باذن المالك، بناء على ماتقدم، وقد عرفت مافيه، فتذكر.

والاستدلال على عدم جواز المساقاة للعامل ـ بانّ المساقاة معاملة على اصول مملوكة للمساقي (للساقي ـ خ) وهنا ليس كذلك، فلايجوز كما قيل مثل ذلك في المزارعة، كما تقدم ـ غير تامّ، فانّه غير مسلّم، نعم لابد من اصول مأذون في العمل بها، كما قلناه في ارض المزارعة، فتجوز بالنقص والمساوي، دون الزيادة والفرض وجود الاذن.

ويفهم من شرح الشرايع، جوازها بعد ظهور الثمرة، فعلم عدم الشرط.

وبالجملة الجواز غير بعيد، لعموم الادلة، وعدم المانع، اذا فهم الاذن من المالك بوجه، ولايمكن الفرق بينهما (بينها ـ خ) وبين المزارعة فتأمّل.

قوله: والخراج على المالك الّا مع الشرط. أي خراج الارض في الارض

والفائدة تملك بالظهور.

والمغارسة باطلة. والغرس لصاحبه، وعليه أجرة الارض، ولصاحبه ارش نقص القلع، ولو بذل احدهما للآخر القيمة لم يجب القبول.

الخراجيّة عليه.

دليله أنّ الخراج اجرة الارض، فالمالك انّما يستحق الحصّة بسبب ملكيّة الأشجار، وكون منفعتها ملكاً له، فالحصّة لاتحصل له الّا بعد مؤنتها وبالجملة الارض والاشجار وما عليها ومايحتاجان اليهما في اصلهما فهو على المالك، والخراج منه.

نعم اذا شرط ذلك على كونه من الحاصل يجوز بغير شبهة، ولايضرّ عدم امكان حصول شيء غيره، فيكون فيه غرر، لأنّ مثل هذا الغرر في هذا العقد ليس بضائر، بالنصّ والاجماع، لانّه قد لايحصل شيء اصلاً مع عدم الشرط.

ولكن شرطه على العامل مشكل، اذ قد لايحصل شيء اصلاً، او لم يمكن (يكن ـ خ) ذلك المقدار، فهو ضرر عظيم وغرر كثير، الّا ان يجعل من حصّته، مع ظنّ أنّ الحصّة اكثر، فتأمّل.

قوله: والفائدة تملك بالظهور. دليله ظاهر، لانّ ملكه هو الحصّة من الثمرة، فمع ظهورها يملكها، كالمالك، وكالرّبح في المضاربة.

وقال في التذكرة: عليه علمائنا، فيدلّ على كونه اجماعياً عندنا، والمخالف فيه بعض العامّة، فلا يتوقف الملك عندنا بالحصول في يده.

وتظهر الفائدة في تعلق الزكاة، ومنع ابن حمزة وجوبها(١) ـ مع القول بالتملك ـ بعيد، لعدم الدليل، مع شمول عموم ادلة الزكاة لها، فتأمّل.

قوله: والمغارسة باطلة الخ. هي معاملة على ان يغرس شخص في ارض

---

(١) وفي هامش بعض النسخ المخطوطة: في نسخة الظاهر ابن زهرة (ولعله الصواب).

....

الغير، الاشجار ويكون المغروس بينهما، فما يحصل منهما يكون بينهما.

دليل البطلان عدم الدليل على الجواز، مع الغرر والجهالة، بل الاجماع أيضاً عندنا.

ولو لاذلك لامكن القول بالصحّة، لبعض العمومات، فمع وقوع العقد الباطل، يكون الغرس لمالكه، وعليه اجرة الارض مدّة بقائه، ان استحق بها الاجرة، ولم يكن لصاحب الارض، وله ارش نقص القلع، ان قلع صاحب الارض المغروس، وعليه اصلاح الارض وارشها، لأنّه مغروس بالاذن، وليس بعرق ظالم(١).

وقيل: المراد بالارش هنا التفاوت مابين كونها قائمة بالاجرة -وضمّ اليه الشهيد الثاني، ومستحقاً للقلع بالارش- ومقلوعة، فتأمّل فيه.

ولو كان الغرس لصاحب الارض فللعامل عليه اجرة عمله، لأنّه ليس بمتبرّع، وكل ذلك مع الجهل غير بعيد، فتأمل.

ولو بذل صاحب الارض قيمة الغرس، ويقول لصاحبه: بعه عليّ، لم يجب القبول، كما لايجب عليه قبول اجرة ارضه ودليله انّ الناس مسلطون على اموالهم فتأمل.

(١) هذا مضمون الرواية وقد تقدم نقلها سابقاً.

«المقصد الثالث في الجعالة»

وهي تصحّ على كل عمل مقصود محلّل، معلوماً كان او مجهولاً.

«المقصد الثالث في الجعالة»

قوله: وهي تصحّ على كلّ عمل مقصود الخ. قال في التذكرة: الجعالة في اللّغة مايجعل للانسان على شيء بفعله، فكذلك الجعل والجعيلة، وامّا في الشّرع عبارة عن عقد دالّ على عوض في عمل محلّل مقصود.

وصيغتها كل لفظ دالّ على الاذن في العمل بعوض، مثل من ردّ عبدي فله كذا، ولايحتاج الى القبول اللفظي، ولهذا غير داخل في الصيغة والتعريف، وقد صرح به فى التذكرة، كما في ساير العقود.

ودليل جوازه هو النّص والاجماع المفهوم من التذكرة، قال: ولا نعلم فيه خلافاً، وامّا النّص فمثل قوله تعالى: ولمن جاء به حمل بعير(١) والاخبار من طرق العامة(٢) والخاصّة، مثل مارواه وهب بن وهب عن الصادق عليه السّلام، قال:

---

(١) سورة يوسف/٧٢.

(٢) صحيح البخاري باب في الاجارة، باب مايعطى فيه الرقية ومسند احمد بن حنبل ج٣ ص٤٤ وج٥ ص٢١١.

ويجب العلم بالعوض بالكيل او الوزن او المشاهدة او العدد.

سألته عن جعل الآبق والضّالة؟ فقال: لابأس(١).

وعن مسمع بن عبدالملك عن الصادق عليه السّلام، قال: انّ النبيّ صلّى الله عليه وآله جعل في الآبق ديناراً اذا أخذ و وجد في مصره وان اخذ في غير مصره فاربعة دنانير(٢).

ولا يضرّ عدم صحة السّند(٣)، ولا دلالة الثانية على ثبوت جعل معيّن من غير امر المالك للآبق، لأنّهما مؤيدتان.

ويمكن حملها على كون التعيين بامر المالك مجملاً، بانْ قال: من ردّ عبدي فله أجر وعوض مثلاً، وكان العرف بين اهل ذلك المصر كلّهم في ذلك المصر في ذلك الزمان ـ ذلك.

ولا فرق في ذلك العمل بين كونه موجباً للاجرة عادة ام لا، مع تعيين الاجرة، وان يكون ذلك معلوماً، مثل من يردّ عبدي من بغداد ام لا، مثل من يردّ عبدي، او من وجد ضالّتي، ونحو ذلك.

قوله: ويجب العلم بالعوض الخ. ذكر في التذكرة للجعالة اربعة اركان، الاوّل الصيغة، وقد تقدّمت، والثاني العاقد، وهو الآمر بالعمل، ويلتزم بالعوض، ولايشترط كونه مالكاً للآبق مثلاً، وكون المنفعة له، فانّه يجوز الجعل على ردّ مال

---

(١) الوسائل الباب ٢١ من كتاب اللقطة الرواية١ج١٧ص٣٧١وروى مثله في الباب١ من كتاب الجعالة الرواية١ عن علي بن جعفر عن اخيه عليهما السّلام، ج١٦، ص١١٢، ورواه ايضاً في الباب٥ من كتاب العتق الرواية١، عن علي بن جعفر عن أخيه موسى عليهما السّلام.

(٢) رواه في التهذيب في باب اللقطة آخر حديث الباب.

(٣) وسنده كما في التهذيب ـ هكذا: محمّد بن يعقوب عن محمّد بن علي عن أبي سعيد عن سهل بن زياد عن محمّد بن الحسن بن شمون البصري عن عبدالله بن عبدالرحمن الاصمّ عن مسمع بن عبدالملك قال في الوافي بعد نقل الحديث: بيان، هذا الحديث لم نجده في الكافي.

....

الغير، والعمل له ويلزمه.

نعم يشترط اهليّة التصرف، كما في ساير العقود، فلا يصحّ من الصّبي والمجنون والسّفيه والمفلس بعد الحجر، والمكره وغير القاصد.

قال في التذكرة: ولا نعلم فيه خلافاً.

واما العامل فالظاهر انّه لايشترط فيه الّا العمل بقصد الاجرة، بعد سماع الصيغة التي تشملها، فليس للكافر ردّ العبد، اذا قال: كل مسلم ردّ عبدي فله كذا وكذا لوقال: كل احد ردّ عبدي فله مصحفي وعبدي المسلم،ان قلنا بعدم ملكيّته (ملكية الكافر-خ) لهما اصلاً.

ولا يبعد عدم اعتبار جواز تصرفه الذي قلناه في العاقد، لأنّ الغرض حصول هذا العمل، وقد يمكن من الصبي المميّز، وكأنّه لذلك سكت عنه في التذكرة.

وفيه تأمّل من حيث انّه عقد، فيحتاج الى كون طرفه مثل اطراف ساير العقود، ولعلّ العاقد الذي ذكره في التذكرة اعمّ فتأمّل.

والثالث العمل، ويشترط فيه ان يكون محلّلاً مقصوداً للعقلاء عادة، فلا يصحّ اذا قال: من شرب خمراً فله كذا، وقال: من استقي من الدّجلة فرمى في الفرات فله كذا.

ويشترط ان لايكون العمل واجباً لايستحق الاجرة، فلوقال: من صلّى الفريضة فله كذا، لم يصح، ومثله من قال: من دلّني على مالي فله كذا، فدلّه من المال في يده، لم يستحقّ الجعل، لانّ ذلك واجب عليه في الشرع، فلايجوز أخذ العوض عليه.

امّا لو كان في يد غيره فدلّه عليه استحق، بخلاف من ردّ على مالى فله كذا فردّه من كان المال في يده، فان كان في ردّه من يده كلفة ومؤنة كالعبد الآبق

....

استحق الجعل، وان لم يكن كالدراهم والدنانير فلا، لانّ مالا كلفة فيه لايقابل بالعوض.

يفهم منه عدم وجوب اعلام المالك كون ماله في يد الغير، وفيه تأمّل.

ويفهم منه ايضاً وجوب اعلام ذي اليد بكون المال عنده، ووجوب ردّه عليه بلاعوض مع عدم المؤنة، اذ وجوبه ثابت عليه بالاصل، وبغير العوض، فلا يستحق به العوض، فانّ الله تعالى اوجبه بغير عوض، وعين له عوضاً، فلا يستحق غيره، والاّ ماأتى بما اوجبه الله عليه فتأمل فيه وتفصيل هذه المسألة يحتاج الى تطويل، وقد مرّ في الجملة في احكام الجنازة، فتأمّل فيه وفي لزوم العوض لمن كان المال عنده مع احتياج ردّه الى المؤنة، اذ قد يكون غاصباً فيلزمه ردّه بلاعوض.

نعم لو كان عنده امانة شرعية يلزم ذلك بالضالّة ومكانها.

قال في التذكرة: ولا يشترط في العمل العلم اجماعاً، لأن الغرض الكلي في الجعالة بذل العمل على مالايمكن التوصل بعقد الاجارة اليه لجهالته الخ.

هذه صريحة في انّ اشتراط العلم فيما شرطوه ليس ضرورياً يحكم بديهة العقل باشتراطه، فالاشتراط فيما شرطوه يحتاج إلى دليل، فاحفظ هذا ينفعك.

والرّابع الجعل وهو العوض للعامل، قال في التذكرة: ويشترط ان يكون الجعل مملوكاً مباحاً للعامل معلوماً الخ.

اشتراط كونه مملوكاً للآمر ومباحاً للعامل ظاهر، اذ لابد ان يكون الباذل مالكاً للعوض، كما في ساير المعاملات، فانّه تمليك عوض، فكيف يملك ماليس يملك له، فلا يصحّ لمسلم ان يقول للكافر ان رددت عبدي فلك على خمر او خنزير ونحو ذلك، ولو لم يكن مباحاً للعامل لم يجز له اخذه ولم يتملك، فلا يصير عوضاً لعمله، كما اذا قال كافر: من ردّ عبدي فله على خمر او خنزير، فردّه مسلم لم يستحقها ولا عوضها.

....

وامّا المعلوميّة فما نرى عليه دليلاً سوى أنّه مذكور في كلام الاصحاب، فتأمّل. ومانجد مانعاً اذا رضيا بالمجهول في الجملة، بحيث لايقع فيه نزاع، بان يقول: من ردّ عبدي فله هذه الصبرة من الحنطة وهذه الفضة وهذا الذهب، ونحو ذلك، بل له عندي ثوب فيعطيه مايصدق عليه الثوب، كما في الكفارات، فاشتراطها لادليل عليه خصوصاً بالتفصيل الذي ذكروه من اشتراط كونها بالكيل والوزن والعدد ان كان من جنسها، كما ذكروه في البيع وغيره، فلا يبعد الجواز كما في جهل العمل، ويؤيّده أنّه يجوز ان يقال من ردّ عبدي فله نصفه.

والفرق الذي ذكره في التذكرة غير ظاهر، قال: والفرق بينه وبين العمل حيث جاز ان يكون (هنا ـ خ) مجهولاً دعوى الحاجة الى كون العمل هنا مجهولاً، فانّ الغالب أنّه لايعلم موضع الآبق والضالّ، فلو شرطنا العلم لزم الحرج وعدم(١) دعوى الحاجة الى كون العوض مجهولاً.

وايضاً العمل في الجهالة(٢) لايصير لازماً، فلهذا لم يجب كونه معلوماً، وليس كذلك العوض فانّه يصير بوجود العمل لازماً فوجب كونه معلوماً.

وايضاً فانّه لايكاد يرغب احد في العمل، اذا لم يعلم الجعل، فلا يحصل مقصود العقد الخ(٣).

وانت تعلم انّ الوجه الاوّل للفرق لم يتمّ، الّا أن(٤) كان دليل على اشتراط العلم، فيقال انّه خرج العمل بدليل، وليس بظاهر، وخروجه دليل على عدم كونه شرطاً الا بدليل يفيد ذلك.

---

(١) عطف على قوله قدّس سرّه: دعوى الحاجة.

(٢) هكذا في جميع النسخ ولكن الصواب الجعالة كما في التذكرة ايضاً.

(٣) انتهى كلام التذكرة ج٢ ص٢٨٧.

(٤) هكذا في جميع النسخ، ولعلّ الصواب: اذا كان الخ.

....

وان الثاني انما يتمّ اذا كان العوض مجهولاً، بحيث لايمكن تسليمه وتسلّمه.

وامّا اذا كان معلوماً في الجملة مثل هذه الصبرة من الحنطة، او ملأ هذا الظرف، او دابّة او ثوب فلا، فهو مثل العمل، فان العمل ايضاً لو كان مجهولاً بالكليّة ـ سواء كان لازماً او جائزاً ـ لم يصحّ.

وإن الثالث غير محل النزاع لأنّه مع عدم الرضا والرغبة لابدّ من التعيين ان احتاج اليه لتحصيل ماله، وماأوجب الجهل حتى لايتمكن، بل جوّز الجهل، فلو وجه راغب فهو، والا يعيّن ان اراد ما اراد.

وبالجملة مانجد عليه دليلاً، ولافرق بين العمل والعوض، فان امكن فعله واخذه فيجوز الجهالة فيهما، والاّ فلا.

وقد اشار الى مثل ما قال المصنف في التذكرة، الشيخ علي رحمه الله في بعض حواشي الكتاب، قال: القول بجواز الجهالة في الجعل اذا لم يمتنع من التسليم لايخلو عن قوّة، مثل من ردّ عبدي فله نصفه، بخلاف من ردّه فله ثوب، لانّ جهالة الثوب يمنع من تسليمه، وفيه تأمل.

والظاهر ان لااجماع لأنّه ماذكره في التذكرة، مع التزامه مثله، الله يعلم.

اعلم انّ الظاهر أنه يريد بقوله بالكيل او الوزن او المشاهدة، او العدد الكيل في المكيل والوزن في الموزون والعدد في المعدود، والمشاهدة في غيرها، كما هو مقرّر في غيرها.

ويؤيّده ماقال في التذكرة: يجب ان يكون معلوماً بالكيل او الوزن او العددان كانت العادة جارية بعدّه كالاجرة الخ.

حيث ما ذكر المشاهدة في البين.

ويحتمل الاكتفاء بالمشاهدة فيهما، كما هو مقتضى ظاهر الاعراب، وهو

ولو جهله مثل من ردّ عبدي فله ثوب او دابّة، فاجرة المثل.
وكون الجاعل جايز التصرف.

أولى، لقلّة المناقشة، لعدم الدليل(١).

قوله: ولو جهله، مثل من ردّ عبدي الخ. (نعم ـ خ) لو كانت المعلوميّة شرطاً يلزم بطلان عقد الجعل، فيلزم اجرة المثل للعمل، كما في ساير العقود الباطلة، بناء على ماثبت عندهم من كليّة تلك المقدّمة.

ويجيُ هنا ايضاً احتمال اقلّ الامرين، لانّا لانسلم انّ كلما بطلت الاجرة المعيّنة لبطلان العقد، ولم يكن العمل تبرّعاً يلزم اجرة المثل.

نعم هذه صحيحة اذا لم يكن هناك شيء يمكن تقويمه في الجملة، واما معه فلا، مثل ان خرج مستحقاً او رضى (العامل ـ خ) بكون الاجرة ذلك المعين، فهو بالنسبة الى الزائد على ذلك متبرّع، ولمّا بطل المعيّن يستحق ماهو بمقداره فتأمّل.

فانّه يجري في اكثر المواضع التي حكموا فيها باجرة المثل، وفي كلام شارح الشرايع في بحث المساقاة، اشارة اليه، ولكن يلزم اعطاء الاكثر من اجرة المثل على تقدير كون ذلك المعيّن اكثر.

والظاهر أنّ نظر الاصحاب الى أنّه لـمّا بطلت الاجرة المعينة مابقى للرّضا الحاصل بها اثر، سواء كان من جانب الاجير فلم يكن متبرعاً في الزائد او من جانب الموجر، فلا يكون باذلاً للزيادة، بل صار بمنزلة عدم وقوع عقد على تعيين امر بعمل ذي اجرة، فيتعيّن اجرة المثل.

ولكن يشكل استثنائهم فيما اذا شرط عدم اجرة، فانّهم يقولون انّه حينئذ لايلزم شيء اصلاً، لانّه متبرّع، اذ قد يقال أنّه لااعتبار بهذا الرّضا، فتأمّل.

قوله: وكون الجاعل جايز التصرف. اشارة الى الركن الثاني بعد الاشارة

(١) تعليل لقوله قدّس سرّه: ويحتمل الاكتفاء.

وامكان العمل من العامل.

ويلزم المتبرّع ماجعله عن غيره.

ولا يستحق المتبرّع بالعمل، وان جعل لغيره.

الى الركن الاوّل والثالث، بقوله: كل عمل مقصود الخ. والى الرابع بقوله: ويجب العمل بالعوض الخ وقد عرفت الكل وشرايطه.

قوله: وامكان العمل من العامل. كأنّه اشارة الى بيان شرايط العامل، فيمكن ان يريد منه الامكان الشرعي، فهو كناية من كون العامل جايز التصرف، فهو بعيد وخلاف الظاهر، فانه اذاأمرصبياًمثلاًبردعبده بعوض، فردّ، الظاهر أنه يلزمه العوض.

ويمكن ان يقال: نعم يلزمه العوض أي اجرة المثل لبطلان العقد،فتأمل(١).

وامّا حمله على الامكان العقلي والعرفي فبعيد، اذ مايحتاج الى الشرط، فان غير الممكن لايمكن فعله، فلايستحق به الاجرة، فلا يحتاج الى القول به الاّ لخروج النادر.

ويمكن ان يكون المراد الامكان شرعاً وصحّته، فلوقال: من زار عالماً او اعتق ونحوه مما يشترط فيه القربة وحصوله من المسلم او المؤمن، فلا يستحق غيره الاجرة بذلك، وهذا الشرط قد اهمل في التذكرة وغيرها، فتأمّل.

قوله: ويلزم المتبرّع ماجعله عن غيره. يعني اذا قال شخص تبرّعاً: من ردّ عبد فلان فله كذا، يجب عليه ماشرط، وجعله عوضاً عن ردّ عبدالغير وبدلاً عنه، ولايرجع على مالك العبد، ولايلزمه شيء، فانّ الآمر متبرع.

قوله: ولا يستحقّ المتبرّع بالعمل الخ. أي لايستحق الجعل والعوض من

---

(١) هكذا في جميع النسخ المخطوطة: ولكن في النسخة المطبوعة هكذا: فالظاهر انه يلزمه العوض.أي اجرة المثل، لبطلان العقد فتأمّل.

ويستحق الجعل بالتسليم.

وهي جائزة قبل التلبّس، ومعه ليس للجاعل الفسخ، الّا مع بذل اجرة ماعمل.

تبرّع بالعمل، من غير ان يقال له مايدلّ على العوض لعمله، وان قال: وشرط الجعل لغيره، مثل ان قال لزيد: ان رددت عبدى فلك كذا، وسمع الغير ذلك وردّ فهو حينئذٍ لم يستحق شيئاً، لأنّه متبرّع، حيث فعل من غير شرط عمل له لا عموماً ولا خصوصاً.

قوله: ويستحق الجعل بالتسليم. أي يستحق العامل طلب العوض وتملكّه بعد تسليم العين التي عمل فيها، بان كان عبداً فسلّمه او ثوباً مخيطاً فسلمه، وغير ذلك.

وانت تعلم أنّه ان كان العمل الذي شرط له مستلزماً للتسليم او شرط فيه ذلك يلزم ذلك والا فلا، فلوقال من ردّ عبدى الى هذا البلد فله كذا لم يجب التسليم للعوض، وكذا لوقال: من خاط لى هذا الثوب فله كذا.

والظاهر أنّه يستحق بالعمل، فان العوض جعل في مقابلة العمل الّذي هو الخياطة فقط دون التسليم، وقد مرّ مثله في بحث الاجارة، ولهذا قال في التذكرة: استحقاق العامل للجعل موقوف على تمام العمل، فتذكّر وتأمّل.

قوله: وهي جائزة قبل التلبس الخ. قال في التذكرة: الجعالة عقد جائز من الطرفين اجماعاً لكل منهما فسخها قبل التلبس بالعمل وبعده قبل تمامه، ولا معنى للفسخ بعد تمام العمل، واذا فسخ العامل متى فسخ فلا شيء له، لانّ شرط الاجرة تمام العمل، فلا اجرة له قبله، وقد فسخ بنفسه فادخل النقص على نفسه.

وامّا اذا فسخ الجاعل بعد التلبس، فان كان فعل مايوجب اجراً فعليه اجرة مافعل بالنسبة، فان كان بعد نصف العمل، فله نصف الاجرة، وعلى هذا الوجه، فان كان بعده ولكن ماعمل مايستحق الاجرة، فلا شيء له اصلاً،

ويعمل بالمتأخّر من الجعالتين.

فان العقد جايز، فيجوز الفسخ، وما عمل مايستحق به شيئاً، بخلاف ماعمل (وله اجرة ـ خ) فان فسخه ادخال نقص عليه، فلايجوز بغير عوض، فانّه لو فتح هذا الباب يلزم ان لايقدر الانسان ان يكمل عمله لشيء وهو فساد وضرر.

وكذا ينفسخ بالموت، فهو بمنزلة الفسخ، فان مات الجاعل قبل عمل يستحق به الاجرة او العامل كذلك فلا اجرة، الّا انّه لو مات هنا العامل بعد عمل يستحق به الاجرة، فالظاهر انّ له اجرة لانّ الفسخ ليس باختياره، وما ادخل النقص على نفسه فله اجرة مافعل بالنسبة.

امّا لو فعل بعد موت الجاعل فهو متبرّع، كما اذا فعل بعد فسخ الجاعل، والظاهر انّ له الاجرة مع عدم العلم في الصورتين، خصوصاً في الاولى، حيث ماعلمه الجاعل، وكذا في الثانية مع علم الوارث بالجعالة، فان لزوم الاجرة اوضح من صورة عدم العلم، والظاهر اللزوم لحصول عمل باجرة من غير تبرّع مع الجهل بفساده، على أنّه لايذهب على الوارث والمالك شيء، لانّ لعمله عوضاً غالباً، فتأمّل.

قال في التذكرة: وظاهر أنّ الجعالة على العمل ليس كالاجارة ايضاً، فلو قال: من خاط ثوبي فله درهم فخاط واحد بعضه، ثمّ اهمل، لم يستحق شيئاً، مع احتمال استحقاقه، ولو مات، فالاحتمال أقوى.

ولا يخفى أنّ في قوله(١): ـومعه ليس للجاعل الفسخ الا مع بذل اجرة ماعمل ـمسامحة، اذليس المراد عدم الجواز وعدم صحة الفسخ الّا مع البذل، بل لزوم اجرة ماعمل مع الفسخ، فافهم.

قوله: ويعمل بالمتأخر من الجعالتين، يعني اذا قال مثلاً: من ردّ عبدي

(١) يعني في قول الماتن قدس سرّه.

ولو حصلت الضالة في يده قبل الجعل فلا شيء، ووجب الردّ.

واذا عين سلّم مع الردّ وان (فان ـ خ ل) لم يعيّن فاجرة المثل، الّا في البعير والآبق يَردّهما (بردهما ـ خ) من غير المصر فاربعة دنانير قيمتها اربعون درهماً ومن المصر دينار، وان نقصت القيمة.

فله خمسة دراهم، ثم قال: من ردّ عبدي فله عشرة دراهم يؤخذ بالأخير ويعمل به فمن ردّ العبد فله عشرة دراهم لاخمسة.

هذا واضح ان كان القول الثاني قبل العمل، وامّا ما (اذا ـ خ) كان بعد العمل فليس للعامل الّا الاول، وهو ظاهر.

قوله: ولو حصلت الضالة الخ. يعني لو قال شخص: من ردّ ضالّتي فله كذا، وقد حصلت هذه الضالة في يد شخص قبل صدور هذا القول من الجاعل، فلا يستحق شيئاً من الجعل، بل يجب عليه ردّ ما في يده الى مالكه، فان الردّ واجب، ولاجعل على الواجب، كما تقدم.

فيه أنّه ينبغي ان يكون له العوض اذا كان الردّ ذا عوض، وقد تقدّم.

قوله: واذا عيّن سلّم مع الردّ الخ. دليل وجوب تسليم الاجرة المعيّنة ـ بعد العمل الذي هو ردّ الضالة مثلاً ـ واضح وقد تقدم.

وكذا وجوب اجرة المثل مع عدم التعيين، بل قال: من ردّ عبدي او ضالّتي فله اجرة وعوض عليّ، فانّه عمل ذو اجرة، وماتبرّع عليه فاعله، وما عيّن له الاجرة، فليس الّا اجرة المثل، اذ لا وجه غيرها.

الّا في البعير والآبق، فانّه ان ردّهما من غير المصر الّذي هو فيه فله اربعة دنانير قيمتها اربعون درهماً، ومن المصر دينار واحد، وان نقصت قيمة البعير والآبق عن اربعة دنانير والدينار.

ودليله رواية مسمع المتقدمة، مع عدم الصحة، ومخالفة القاعدة وقصر

ولو استدعي الرد ولم يبذل اجرة، فلا شيء.

الدلالة على الآبق، فانه ليس فيها الّا الآبق، فدليل البعير غير واضح، بل الآبق ايضاً، الّا ان الحكم مشهور بين الاصحاب.

وجعل الحكم في الشرايع مخصوصاً بالآبق للرواية، ونقل عن الشيخ انّه قال في المبسوط انّ هذا الحكم على الافضل لاالوجوب، والعمل على الرواية اولى.

وكذا في التذكرة ايضاً، وزاد فيها، ولو نقصت قيمة العبد عن ذلك، ففي وجوب ذلك اشكال وقال بعض علمائنا: الحكم في البعير الشّارد كذلك، ان ردّه من المصر كان عليه دينار، قيمته عشرة دراهم، وان ردّه من غير مصره كان عليه اربعة دنانير وفيه نظر لعدم الظفر بدليل عليه الخ.

فلا يناسب الحكم في البعير بوجه، بل في الآبق ايضاً، ان لم يكن مجمعاً عليه، لمامرّ من عدم الصحّة، وعدم انطباقها على القاعدة، وأنّه قد يكون الدينار او اربعة دنانير اكثر من الآبق، وامكان حملها على كون تلك الاجرة عادة في ذلك المصر، فليس بظاهر وجه اولوية العمل على الرواية، كما قاله المحقق والمصنف في التذكرة.

وأيضاً لا وجه لتقدير الدنانير، لما (بما ـ خ) تقدّم، فانه غير موجود في هذه الرواية، وما رأيته في موضع اخر سوى المتن ونحوه مثل التذكرة.

قوله: ولو استدعى الرد الخ. يعني لو قال: من ردّ عبدي، اويرد عبدي او ضالّتي، وامثال ذلك، ولم يذكر العوض وعدمه فلا شيء للرّاد، كما في صورة ذكره مجاناً أوبلا اجرة وعوض، للاصل، وعدم ثبوت حق للغير الا في صورة دلّ الدليل، ولا دليل، فان استدعاء الردّ اعمّ، فانه قد يكون بالعوض، وقد يكون بغيره فلا دلالة على الاوّل بخصوصه.

وهذا لايخلو عن وجه، ولكن العادة في مثله يقتضى العوض، ويؤيّده انّهم ذكروا ـ وقد تقدم ايضاً ـ أنّ من أمر شخصاً بفعل ذي اجرة عادة يلزمه الاجرة.

ولو جعل للراد شيئاً فردّه جماعة استحقوه، ويقسّم بينهم ولو جعل ذلك للدخول فدخل جماعة، فلكل واحد ذلك الشيء.

وايضاً قالوا: إن أمر بالشراء، وادّى ثمنه يلزمه العوض، وان كان لي في ذلك تأمّل، وقد مرّ، وهذا مؤيّد لذلك.

قال في التذكرة: لو استدعي، فقال لغيره رد آبق(١) استحق الجعل، لأنّه عمل يستحق في مثله الاجرة، وكان عليه الجعل، كما لو استدعي ردّ اللقطة، كان عليه اجرة المثل، وان لم ينصّ له على الاجرة.

وكذا اذا اذن الرّجل في ردّ عبده الآبق، ولم يشترط له عوضاً بردّه، فالاقوى استحقاق الجعل الخ(٢).

وكلامها(٣) لايخلو عن شيء، والاصل يقتضي العدم، فان كان هناك عرف جار بلزوم الاجرة ـ بالاستعمال مع عدم ذكر العوض بحيث صار الذكر وعدمه سواء في ذلك ـ اقتضى الاجرة.

او قرينة بان كان العامل معلوماً أنّه لم يعمل الا بالاجرة، وكذا الآمر لم يأمر مثله بمثل هذا العمل الّا بالاجرة، فكذلك والا فلا، للاصل، فمن يثبت (ثبت ـ خ) الاجرة فعليه البيان.

ومن هذا علم ماتقدم لنا من التأمل في استحقاق العوض بالأمر بفعل يستحق الاجرة، وكذا العوض في الاذن باداء الدين و بالضمان، فان هذه الامور اعمّ من العوض وعدمه، والعام لادلالة له على الخاص، فتأمّل.

قوله: ولو جعل للرادّ شيئاً فردّه جماعة الخ. يعني اذا قال من ردّ عبدي

---

(١) هكذا في التذكرة وجميع نسخ الكتاب، ويحتمل ان تكون العبارة ردّ ابقي.

(٢) انتهى كلام التذكرة ج٢ ص٢٨٦ (كتاب الجعالة).

(٣) يعني كلام التذكرة، ويحتمل ان تكون العبارة وكلاهما.

ولو جعل لكلّ (واحد خ) من الثلاثة جعلاً مخالفاً للآخر، فردّوه، فلكلٍّ ثلث ماعينه(١) وكذا لو اتفقوا في الجعل، ولو جعل للبعض معيّناً وللآخر مجهولاً، فلكل من المعيّن الثلث، وللمجهول ثلث اجرة المثل.

فله درهم، فردّه جماعة بان اخذوه دفعة وردّوه جميعاً، استحق الجميع الدرهم المجعول لهم، فيقتسمون (فيقسمون ـ خ) بينهم بالسوية، بخلاف ان قال: من دخل داري فله درهم فدخلها جماعة، وان دخلوا دفعة، فانّ لكل واحد درهم.

والفرق واضح فان الجعل لمن صدر عنه الردّ مستقلاً وبانفراده واحداً كان او متعدداً والذي صدر عنه الرد بالاستقلال انما هو الجماعة لافرد منهم، بخلاف الدخول فانه جعل لمن صدر عنه الدخول مستقلاً ولاشك في حصوله عن كل واحد منهم فيكون لكل واحد ماشرط.

نعم اذا كان الجعل امراً شخصياً لايقبل التعدد، يكون للجميع اذا دخلوا جميعاً، ومع الترتيب، للاوّل فقط، لأنّه أخذه الاوّل بفعله الدخول، ولاجعل للثاني.

قوله: ولو جعل لكل واحد من الثلاثة جعلاً الخ. يعني اذا قال لواحد من الثلاثة: ان رددت انت عبدى فلك تسعة دراهم، وان رددت انت فلك الثلاثة، ولآخر ان رددت انت فلك ستة، فردّه الجميع معاً ـ لقصد الجعل لنفسه لامتبرعاً للمالك، ولا اعانة للعامل، ـ فلكل واحد ثلث ماعين له، لانّ كل واحد فعل ثلث ماعين له من العمل، فيستحق ثلث الاجرة.

وكذا لوكانت احرتهم متفقة لامختلفة، سواء كان معيناً للكلّ او غير معيّن، فيكون اجرة المثل، او معيّناً للبعض دون البعض، فيكون له اجرة المثل بالنسبة الى عمله وهو ثلثها، وللمعيّن له ثلث اجرة الذي عيّن له.

---

(١) وفي نسخة: كان لكل واحد ثلث ماعيّنه.

ولو تبرع واحد مع المجعول له، فلا شيء له، وللمجعول له النصف.

ولو ردّ من البعض فله بالنسبة.

قوله: ولو تبرّع واحد مع المجعول له الخ. يعني لو تبرّع واحد، وأعان العامل في الردّ لاشيء للمعين، وللعامل نصف ماعيّن او نصف اجرة المثل.

هذا واضح ان كان متبرعاً للمالك او قصد اجرة وامّا لو كان معيناً للعامل ـ بان اراد فعل ماعين له فعله بمنزلة الوكالة والاعانة مع عدم شرط الفعل عليه بعينه ـ بمعنى أنه لايفعل الا بنفسه ـ فلا.

بل الظاهر انه يكون له اخذ تمام الاجرة، لانّ فعل المعين فعله حينئذٍ والفرض جوازه بنفسه وبغيره، واستحقاقه الاجرة مطلقا، فانّه حينئذ لو حصل الضالّ وردّه لابفعله بل بأجرة او تبرّع كان مستحقاً لتمام الاجرة لامحالة، فكذا هنا كما في الاجارة المطلقة والمزارعة، فتأمّل.

نعم لو قصد اجرة لنفسه او تبرّع للمالك، فهو متبرّع لعدم تعيين الجعل له.

قوله: ولو ردّ من البعض فهو بالنسبة. يعني من قال: من ردّ عبدي من بغداد فله درهم، فردّه شخص من نصف الطريق فله نصف درهم، فانّ الدرهم ينقسم على الكلّ، فلكل جزء جزء منه.

وفيه تأمل، اذ قد يقال: مافعل ماجعل له: فانّ الجعل انّما حصل للرد من بغداد، ولا يلزم منه جعل الجزء لبعض الطريق، وهو ظاهر، اذ قد يكون الغرض متعلقاً بتحصيله من بغداد، فانه هناك يكون صعباً، وامّا في الطريق فلا، بل هو يكون يقدر ان يردّه بنفسه وبغير اجرة.

فكما[1] لايستحق الاجرة للزيادة ان ردّه من فوق بغداد.

---

(١) الظاهر ان مراده قدس سره: فهو كما لايستحق الاجرة الخ.

والقول قول المالك في عدم الاشتراط، وفي حصول الضالّ في يد العامل قبل الجعل.

وفي كون المأتي به غير المقصود.

وفي قدر الجعل وجنسه.

لكن يحلف على نفي ما ادّعاه العامل.

بل يمكن هنا ايضاً عدم الاجرة اصلاً، لما تقدّم.

الا ان يكون هناك قرينة دالّة على ان المطلوب الرّد مع الاجرة، وانّما المعين للبعد، لاغير، فيستحق تمام الاجرة في الابعد، وبالنسبة فيما دون بغداد.

قوله: والقول قول المالك الخ. يعنى اذا قال العامل بعد ردّ الآبق مثلاً: قد جعلت انت الجعل معيّناً او غير معيّن، وانكره المالك الجاعل، بل قال: انت متبرّع فالقول قوله مع يمينه، لانه منكر، وعليه البيّنة، لانه مدّع للتعريف، ومع عدمها واليمين لاشيء للعامل.

وكذا لو قال العامل: اني حصّلت الضالة بعد الجعل وانكر المالك، وقال بل وقعت الضالة في يدك قبل الجعل مع اتفاقهما على جعل للردّ، لما تقدّم.

وفيه تأمل، اذا لاصل عدم التبرّع، وعدم وقوع الضالة بيد العامل حتى يعلم، ومعلوم بعدالجعل لاقبله، الآان التعريف يقتضى ماذكره المصنف، وهوماتقدم.

وكذا القول قوله لو انكر كون المأتي به والمردود (عليه ـ خ) غير ماجعلت (جعل ـ خ) له الجعل، وهذا لابأس به، لما تقدم.

وكذا القول قوله لو انكر زيادة الجعل او جنس ما يدّعيه العامل، الآ أنّه في صورة تخالف الجنس والقدر، وحلف المالك على نفي مدّعاه يثبت للعامل اقلّ الامرين من اجرة المثل وما ادّعاه العامل.

امّا ان القول قوله مع اليمين، فلماتقدم، من التعريف والاصل، وكونه

وحينئذ يثبت اقلّ الامرين من اجرة المثل وما ادّعاه العامل، الّا ان يزيد ماادّعاه الجاعل على الاجرة، فيثبت عليه ماادّعاه.

غارماً، وعدم خروج مال عن مالكه (ملكه ـ خ) الابرضاه، وهو غير ثابت.

واما ثبوت الاقل، فلانه قد علم انّه عمل عملاً باجرة غير متبرّع، وبطل ماعيّن باليمين، فبقي عمل موجب للاجرة، مع عدم تعيين الاجرة، فله اجرة المثل، الّا أنّه لو كان اجرة المثل اكثرممّا يدّعيه لا يجوزله الطلب باقراره لاستحقاقه دون ذلك.

وهذا في المقدار واضح، وفي الجنس ينظر الى قيمته واجرة المثل، الّا ان يكون اجرة المثل اقل ممّا ادعاه الجاعل او مساوياً مع كونه اقلّ ممّا يدّعيه العامل، فيثبت ذلك له، ويجب على الجاعل اعطاءه ولم يجز للعامل طلبه.

وبالجملة الحكم بحسب الظاهر ظاهر وبالنسبة الى نفس الامر كلٌّ، مكلّف بما هو معلوم عنده.

وقال البعض، ماذكره المصنف صحيح بشرط التحالف، فيحلف العامل ايضاً على نفي مايدّعيه الجاعل، لأنّه بالحقيقة هنا دعويان فكل مدّع ومنكركما تقدم مثله، وبعده يثبت للعامل ماذكره المصنّف الخ.

والظاهر ان التحالف في المقدار محلّ التأمل، وفي التحالف في الجنس يمكن ذلك، لأنّه بمجرد يمين الجاعل على نفي مايدّعيه العامل لايثبت اجرة المثل، اذ قد يكون الاجرة تلك المعينة التي ادعاها الجاعل، فلابد من نفيها ايضاً حتى تبطل الاجرة بالكلية، ويثبت اجرة المثل، وهو ظاهر.

ولعل مراد المصنف ماذكره المحشّي، ولهذا قال: باقلّ الامرين، وتركه للظهور ولأنّ العامل قد لايدعيه والجاعل يبذله فكأنّه تسامح الجاعل بترك جعله ورضي باجرة المثل.

وبالجملة الحق له فاسقط ورضي وقال انا ما أحلفه(١)، فليس له الّا اجرة

---

(١) في بعض النسخ المخطوطة بعد قوله قدّس سرّه انا ما احلفه: وهو لايدّعي ماردّدته باليمين.

....

المثل بناءً على دعواه.

نعم له ان لايرضى باجرة المثل الّا بعد ان يحلفه على نفي ماادّعا كونه اجرة، فلا قصور في المتن بل ولا ترك مالابدّ من ذكره، فانه ماقال انّه يجب اجرة المثل غضباً عليه، بل بناءً على هذه الدعوى فقط، ولو اراد هونفيها يجوز.

ولكن الكلّ مكلّف بما بينهم وبين الله، بل ينبغي الابراء والاسقاط والصلح، فان الجاعل كيف يتصرف فيما قاله انه الاجرة، وكذا العامل كيف يتصرّف في اجرة المثل مع اعتقاده استحقاق العين المعيّنة، فكأنّه وقع الرّضا من كل واحد بعد اليمين باخذ هذا الحق بدل حقّه، وان كان له زيادة، فتأمّل.

ثمّ اعلم انّ العذر المذكور عن المصنف لعدم ذكره لابأس به، ولكن اظن انّ التحالف وماذكره المصنف ايضاً غير جيد، لانّ العامل اذا ادّعى اجرة معيّنة وحلف منكره، سقط حقّه، يعني انّه مابقي له حق يمكن له طلبه في الدنيا واخذه بينه وبين الله، على ماثبت في بحث القضاء ان اليمين مسقط للحق في الدنيا، وهو مايدّعي غيره، فلا يستحق في ذمّته شيئاً، واصل براءة الذمّة ايضاً يقتضى العدم، فلاوجه لا ثبات اجرة المثل قبل التحالف، كما يفهم من ظاهر كلام المصنف ولا بعده، كما قاله المحقق الثاني، وقد اشرنا الى مثله مراراً، فتذكّر، كأنّه قد اشار اليه في القواعد.

قال في التذكرة: لو جاء بعبده او ضالّته او لقطته او ثوبه مخيطاً، وطالبه بالعوض، فانكر المالك شرط الجعالة وقال: لم اجعل لك شيئاً، فالقول قول المالك لاصالة عدم الشرط الخ.

ظاهره ان لاشيء له، وليس ببعيد، للاصل، وقد يكون متبرعاً، ولكن كلامهم في امثاله يقتضي اجرة المثل، والوجه غير ظاهر.

«المقصد الرابع في السبق والرماية»

وانّما يصحّان في السّهـم، والنشّاب(١) والحراب(٢)، والسيف، والابل، والفيلة، والفرس، والحمار، والبغل، دون الطيور، والقدم، والسفن، والمصارعة، وشبهها.

«المقصد الرابع في السبق والرماية»

قوله: المقصد الرابع في السبق والرماية الخ. قال في التذكرة: قد ثبت جواز هذا العقد بالنصّ والاجماع، اما النّص فالكتاب والسنّة، قال الله تعالى: يا أبانا انّا ذهبنا نَستَبِقُ(٣) فاخبرالله تعالى بذلك، ولم يعقّبه بانكار، فدلّ على مشروعيته عندنا، وقال الله تعالى: وَاعِدّوا لَهم مَااستَطعتُمْ مِنْ قُوة وَمِنْ رباط الخَيلْ(٤) وروى عقبة بن عامر انّ النبيّ صلّى الله عليه وآله، قال: ألا انّ القوّة

---

(١) والنشّاب ـ بالضمّ والتشديد ـ السهام، الواحدة النشّابة (مجمع البحرين).

(٢) الحربة كالرمح تجمع على حراب ككلبة وكلاب (مجمع البحرين).

(٣) يوسف:١٧.

(٤) الأنفال: ٦٠.

....

الرّمي قاله ثلا ثاً(١).

وجه الاستدلال انّ الله تعالى أمرنا باعداد الرّمي و رباط الخيل للحرب ولقاء العدو، والاعداد لذلك انما يحصل بالتعلّم، والنهاية في التعلّم المسابقة بذلك، الخ(٢).

وأنت تعلم ان لا دلالة في الآية الاولى على العقد المطلوب، وعلى تقديره لا تدل على مشروعيّته، فإن فعلهم ليس بحجّة، ومجرد عدم الانكار لايدلّ عليها، فانه ليس في وقت الفعل، وقد نقل في القرآن العزيز كثير من المنكرات بدون الانكار، وعلى تقديرها شَرعُ من قَبلَنا ليس بحجة علينا.

والآية الثانية أبعد، وهو ظاهر.

وأما السنّة فما روي (فاروى ـ خ) عن النبيّ صلّى الله عليه وآله، أنه قال: لاسبق الاّ في نصل أو خفّ أو حافر(٣)، والنّصل يشمل النّشاب، وهي للعجم، والسهم، وهو للعرب، والمزاريق(٤) وهي الرّدينيّات(٥) والرّماح والسّيوف، كل ذلك من النصل واسمه صادق على الجميع. وأمّا الخفّ فالابل والفيلة، وأمّا الحافر فيشمل الخيل والبغال والحمير(الى قوله): ومن طريق الخاصة قولهم عليهم السّلام

---

(١) سمع عقبة بن عامر يقول: سمعت رسول الله صلّى الله عليه (وآله) وسلّم يقول وهو على المنبر: وأعدُّوا لهم ما استطعتم من قوة، ألا إنّ القوّة الرمي، ألا إن القوّة الرمي، ألا إن القوّة الرمي. مسند أحمد ج٤ ص١٥٧ سطر١

(٢) انتهى كلام التذكرة ج٢ ص ٣٥٣ وتمامه: ليكد كل واحد نفسه في بلوغ النهاية والحذق فيه. انتهى موضع الحاجة من كلامه قدّس سرّه.

(٣) عوالي اللئالي ج٣ ص٢٦٥ ولاحظ ذيله.

(٤) المزراق: رمح قصير (القاموس).

(٥) الرّديني: اسم (القاموس).

....

انّ الملائكة لتنفر عند الرّهان وتلعن صاحبه ما خلا الحافر والخف والريش والنصل(١).

واما الاجماع فلا خلاف بين الامّة في جوازه على الجملة، وان اختلفوا في تفاصيله(٢).

وقد عرفت عدم دلالة الكتاب، وأمّا السنة فالخبر الاوّل عامي، وكذا غيره ممّا نقله بعده فيها.

وان قال في شرح الشرايع: انّ الخبر الاوّل (٣) حسن، فيما رواه اصحابنا، ولكن مارأيته، وكلام التذكرة، يدلّ على كونه عامياً فقط، حيث قال بعده، وأمّا من طريق الخاصة الخ.

والثاني ايضاً غير معلوم صحة سنده، رواه في الفقيه في باب من يجب ردّ شهادته، عن العلا بن سيّابة، قال: سألت اباعبدالله عليه السّلام عن شهادة من يلعب بالحمام؟ قال: لابأس، اذا كان لايعرف بفسق، قلت: فانّ من قبلنا يقولون: قال عمر هو شيطان، فقال: سبحان الله، أما علمت انّ رسول الله صلّى الله عليه وآله قال: ان الملئكة لتنفر عند الرّهان وتلعن صاحبه، ماضلا الحافر والخف والريش والنصّل، فانها تحضره الملائكة الخ(٤).

وقريب منه في باب بيّنات التهذيب -قال بعد ذكر مافي الفقيه-: وبهذا الاسناد سمعته يقول: أي ابوعبدالله عليه السّلام، لابأس بشهادة من (الذي-يب) يلعب بالحمام، ولابأس بشهادة صاحب السباق المراهن عليه، فان رسول الله صلّى

---

(١) الوسائل، ج١٣ ص٣٤٧، الباب ١ من كتاب السبق والرماية، ح٦.

(٢) انتهى كلام التذكرة ص٣٥٣.

(٣) يعني رواية عقبة بن خالد.

(٤) الوسائل الباب ٥٤ من كتاب الشهادات الرواية ٣ ج١٨ ص٣٠٥ وتمام الرّواية: وقد سابق رسول الله صلّى الله عليه وآله أسامة بن زيد واجرى الخيل والخبر الذي قبله، سنده هكذا: احمد بن محمّد بن عيسى، عن محمّد بن موسى، عن أحمد بن الحسن، عن ابيه عن علي بن عقبة، عن موسى بن النميري، عن العلا بن سيابة قال:

....

الله عليه وآله قد اجرى الخيل وسابق، وكان يقول: انّ الملائكة تحضر الرّهان في الخف والحافر والريش، وماسوى ذلك قمار حرام(١).

فيها دلالة على جواز الرهانة بالحمام، وانّ من لايعرف بفسق يقبل شهادته، مع اشتماله على مالم يقل به الاصحاب من جواز القمار بالريش أي الطير.

والعجب انّه غير موجود في الخبر العامى، مع قولهم به، وموجود في الخاصّي مع عدم القول به، وحمل الريش على التقيّة-للاجماع وغيره-لايخلو من بعد، ولكن لابدّمنه مع ثبوته.

ثم شمول النصل لجميع اقسام النشّاب التى في رأسها الحديد غير بعيد، وكذاشموله للسيف والرّمح، (والثلا ثة-خ)(٢) مجمع عليه، قاله في التذكرة وشرح الشرايع.

قال في القاموس: النصل والنصلان حديدة السهم والرّمح والسيف مالم يكن له مقبض، فيريد (فيزيد-خ) هنامافيه الحديدة.

وامّا شمول الخف للفيل فغير واضح، قال في القاموس: الخفّ لايكون الّا للبعير والنّعام.

والظاهر شمول الحافر للثلا ثة المذكورة(٣)، كأنّه لإجماع الاصحاب مع عدم الحرب بالحمار، ولكن جوازه بالفيل مجمع الاصحاب قاله في التذكرة وشرح الشرايع،، فليس هنا دليل واضح الّا الاجماع المستند الى ماتقدم، والاصل.

الّا انّ تحريم القمار مطلقا كأنّه اجماعى، فما بقى الاصل، الّا أنّ المذكورات خرجت بالاجماع والنّص المتقدّم.

ثم انّ الظاهر ان لاخلاف في تحريم القمار بالعوض عند الاصحاب، وعليه

---

(١) الوسائل الباب ٣ من كتاب السبق والرماية، الرواية٣.

(٢) أي الخف والنصل والحافر.

(٣) يعني الخيل والبغال والحمير.

....

ظاهر الكتاب(١) والسنة ومنها الخبران المتقدمان ان قرء السبق محركة، وهو العوض، قال في القاموس: هو الخطر، وقال فيه: هو السبق يتراهن عليه، وهو العوض، صرّح به في التذكرة، قال في شرح الشرايع(٢): المشهور قرائة سبق بفتح الباء وهو العوض المبذول للعمل، وليس المراد نفي الماهية، بل اقرب المجازات، أي لايصح بذل عوض في ملاعبة الّا في هذه الملاعبة بالثلاثة، وعلى هذا لاينفي جواز غيرها بغير عوض، وربما رواه بعضهم بسكون الباء، أي لايقع هذا الفعل الّا في ثلاثة، فيكون ماعداها غير جايز، ومن ثمّ اختلف في المسابقة بنحو الأقدام ورفع الحجر والمصارعة، وبالآلات التي لا تشتمل على نصل بغير عوض هل يجوز ام لا فعلى رواية الفتح يجوز و على السكون لا وفي الجواز مع شهرة روايته بين المحدثين موافقة للاصل، خصوصاً مع فرض غرض صحيح على تلك الاعمال.

واعلم انّ الاصل جواز كل شيء حتّى يعلم تحريمه، فكانّ القمار أي الرهانة علم تحريمه، كما مضى حتى لعب الصبيان بالجوز.

وقد علم ايضاً تحريم بعض اللهو بآلات القمار وان لم يكن فيه رهن وعوض، مثل النرد والشطرنج.

---

(١) هوقوله تعالى: يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس. البقرة ٢١٩

(٢) في المسالك: المشهور في الرواية فتح الباء من سبق وهو العوض المبذول للعمل، كما سيأتي وماهيّة المنفيّة غير مرادة بل المراد نفي حكم من احكامها او مجموعها بطريق المجاز كنظائره واقرب المجازات اليه نفي الصحة، والمراد انه لايصح بذل العوض في هذه المعاملة، الّا في هذه الثلاثة، وعلى هذا لاينفي جواز غيرها بغير تعوّض، وربّما رواه بعضهم بسكون الباء، وهو المصدر، أي لايقع هذا الفعل الا في الثلاثة، فيكون ماعداها غير جايز، ومن ثم اختلف في المسابقة بنحو الأقدام ورمي الحجر ورفعه والمصارعة وبالآلات التي يشتمل على نصل بغير عوض هل يجوز ام لا فعلى رواية الفتح يجوز وعلى السكون لا وفي الجواز قوة، مع شهرة روايته بين المحدثين، وموافقته للاصل، خصوصاً مع ترتب غرض صحيح على تلك الاعمال. راجع المجلد الاوّل من المسالك في كتاب السبق والرماية.

....

وأمّا مثل السبق بالأقدام والمصارعة وغير ذلك ، فالظاهر الجواز للاصل، ويدل بعض الروايات على جواز المصارعة وفعل الحسنين عليهما السّلام مشهور، وهو موجود في الأمالي(١) وغيره.

ويؤيّده وجوده بين المسلمين من غير منع، وانّ فيه غرضاً صحيحاً غير ظاهر القبح.

ولا دلالة في الخبر(٢) -على الوجهين- على التحريم امّا على الاوّل فلما ذكر ولأنّه قد يقال معناه ان لالزوم او لايملك للسبق والعوض الّا في هذه الثلاثة من بين الأسباق والافعال الّتي يسابق عليها، فلا يدلّ على تحريم الفعل والملاعبة مع العوض والرهانة ايضاً، بل لايدلّ على تحريم العوض ايضاً، وهو ظاهر.

وأمّا على الثاني فلأنّه يحتمل أن يكون معناه -حيث انّ السبق بالسكون مصدر سبق صرح به في التذكرة وعدمه- ان لااعتداد لسبق في امثال هذه الامور الّا في هذه الثلاثة، او أنّه لايجوز الملاعبة بالسبق والمسابقة الا في هذه الثلاثة، فلايدلّ على تحريم الفعل من غير رهانة وقمار، بل الاخير يدلّ على تحريم هذا الا انّ معناه ان لامشروعيّة والجواز للسبق الّا للسبق في هذه الامور الثلاثة فان هذه المعنى وان كان يمكن فهمه، ولكن ليس بنصّ فيه ولا ظاهر، فانّه يحتاج الى تقدير، بل اخراج السبق الذي هو مصدر سبقه يسبقه عن معناه، وجعله بمعنى فعل يمكن فيه، مع عدم ظهور سندها.

ويحتمل ان يكون منشاء الخلاف غير ذلك.

ثمّ انّ الذي يظهر من التذكرة الاجماع على جواز المسابقة على الامور

---

(١) راجع الامالي للصدوق رحمه الله، المجلس الثامن والستين ص٢٦٧ من الطبعه العلمية بقم.

(٢) يعني الخبر المشتمل على قوله: لاسبق الخ. بفتح الباء والسكون.

....

المذكورة، وهي في غير السّيف والرمح ظاهرة، وامّا فيها فقال فيها: يجوز المسابقة بالسّيوف والرّماح على معنى الردّ والتردّد بهما.

لعلّه يريد اللعب المتعارف بهمابرة احدهما مالصاحبه وضربه وحفظ نفسه عنه.

وقال ايضاً: ولايجوز المسابقة على الأقدام الى موضع، كجبل او غيره لابعوض ولابغيره، لأنّه نهي صلّى الله عليه وآله عن السبق الاّ في (الاشياء ـ خ) الثلاثة، ثم قال بعده: ولهم قول آخر لايجوز المسابقة على الأقدام، فالمسابقة على السّباحة اولى بالمنع(١) ـ الى قوله ـ واعلم ان المسابقة بالاقدام ضربان احدهما ان يتعاديافاتيها سبق صاحبه فهو السابق و(٢) يكون المدى شيئاً معلوماً وكلاهما عندنا غير جايز، لابعوض ولابغير عوض(٣).

فهذه تدلّ على اجماعنا على ذلك، وقد عرفت ان لانهي في قوله: ولاسبق.

وقال ايضاً: ولايجوز المسابقة على المصارعة لابعوض ولا بغير عوض عند علمائنا اجمع، لعموم النهى(٤) الا في الثلاثة الخف والحافر والنصل الخ.

وقد عرفت عدم النّهي عنها، بل جوازها، نعم لو ثبت الاجماع ثبت التحريم.

---

(١) الذي ذكره في التذكرة هكذا: قد بيّنا انّه لايجوز المسابقة على الاقدام والمسابقة على السباحة اولى بالمنع وبه قال الشافعيّة، ولهم قول آخر تجوز المسابقة على الاقدام ففي جواز المسابقة على السباحة على هذا القول وجهان عندهم فالفرق انّ المأثور في السّباحة والارض لا تؤثّر في السّعي والمشهور عندهم المنع واعلم انّ المسابقة الخ.

(٢) هكذا في جميع النسخ، والصواب او بدل الواو كما في التذكرة ايضاً.

(٣) انتهى كلام التذكرة: ج٢ ص٣٥٤.

(٤) في التذكرة: لعموم نهيه صلّى الله عليه وآله.

....

وقال ايضاً: لايجوز المسابقة على رمي الحجارة باليد والمقلاع والمنجنيق، سواء كان بعوض او بغير عوض عند علمائنا الخ(١).

وقال لاتجوز المسابقة على اشالة الحجر باليد ـ الى قوله ـ واما مرامات (مداحاة ـ تذكرة) الحجر وهو ان يرمي كل واحد الحجر الى صاحبه فلا يجوز عندنا، كما لايجوز ان يرمي (يرامى ـ خ) كل واحد السّهم الى الآخر، وكذا لايجوز ان يسابق عل ان يد حرج (يدحو ـ تذكرة) حجراً او (و ـ خ) يدفعه من مكان الى مكان ليعرف به الاشدّ بعوض ولابغير عوض، لانّه لايقاتل بها وقال ايضاً: لايجوز المسابقة على الطيور من الحمامات وغيرها بالعوض، عند علمائنا، وهو اصحّ قولي الشافعيّة ـ الى قوله ـ قال الشيخ رحمه الله في المبسوط: فامّا المسابقة بالطيّور فان كان بغير عوض، جاز عندهم (يعني العامة) وان كان بعوض فعلى قولين، وعندنا لايجوز للخبر(٢)، وهذا يقتضي المنع من المسابقة عليها بغير عوض، مع انّ المشهور عندنا انّه يجوز اتّخاذ الحمام للانس وانفاذ الكتب ويكره للتفرّج والتطيّر، ولاخلاف في تحريم الرهانة عليها(٣).

وانت تعلم ان لامنافاة بين جواز اتّخاذه للانس وانفاذ الكتب و بين عدم جواز المسابقة بغير عوض.

وقال ايضاً: لايجوز المسابقة على المراكب والسفن والطيارات والزمارات(٤) عند علمائنا.

---

(١) قال في التذكرة (بعد ذلك): لان ذلك ليس من آلات الحرب، وللخبر الدّال على المنع من المسابقة في غير الثلاثة الخ.

(٢) يحتمل ان يكون اشارة الى الرواية الثالثة من الباب٣ من كتاب السبق والرماية فراجع ج٣ ص٣٤٩.

(٣) انتهى كلام التذكره.

(٤) هكذا في بعض النسخ وفي بعضها الزنارات ويحتمل ان يكون الزياريق كما ذكره في المبسوط.

فان اكتفينا بالايجاب فهو جائز، والّا فلازم.

وقال ايضاً: ولايجوز المسابقة على مناطحة الغنم(١)، وممارسة الدّيك بعوض ولا بغير عوض، وبه قال الشافعي، وكذا لايجوز المسابقة على مالاينتفع في الحرب، كاللّعب بالشطرنج، والنرّد، والخاتم، والصولجان، ورمي البنادق، والجلاهق، والوقف على رجل واحدة، ومعرفة مافي اليد من الفرد والزّوج، وساير الملاعب، ولا اللبث في الماء، وجوّزه بعض الشافعية، وليس بجيّد.

وبالجملة أنّه يفهم من التذكرة النهى عن جميع مايمكن ان يسابق عليه بعوض وغير عوض، الّا الطائر، فانه حرام بعوض فقط، وغير الثلاثة، وان شئت ستثنيت ماللحرب، فكل ما لم يكن له دخل في الحرب فهو حرام، ولهذا استدلّ على تحريم جميع الامور المذكورة بانّه ليس للحرب.

وقال في القواعد: وانّما يصحّ على ماهو عدّة للقتال الخ على انّ للبعض مدخلاً عظيماً في الحرب، فالمدار على النصّ، وقد عرفت أنّه ايضاً غير صريح في النهي، والاصل دليل قويّ، فما لم يوجد دليل اقوى منه لايخرج عنه، والاعتماد على الاجماع الذي ادّعاه في الاكثر مشكل، ولهذا وقع الخلاف عندنا.

وتنظر في القواعد في الطير، والأقدام، والسّفن، والمصارعة، ورفع الاحجار، مع الخلوّعن العوض، فلا يعتمد على مثل هذه الاجماعات فتأمّل.

قوله: فان اكتفينا الخ. يعنى ان قلنا ان المسابقة لاتحتاج الى القبول اللفظي المقارن للايجاب، على الوجه المتعارف عندهم، والّا فالقبول-بمعنى مايدلّ على رضا الآخر-لابد منه ليتحقق المسابقة واشار اليه في التذكرة: يكون(٢) حينئذ من العقود الجائزة، فلا يلزم بمجرد الايجاب والرّضا، فيكون مثل الجعالة قبل

---

(١) في التذكرة: ولايجوز المسابقة على مناطحة الغنم ومهارشة الديكة الخ.

(٢) هكذا في جميع النسخ، والصواب، فيكون.

....

العمل.

نعم يلزم السبق بعد العمل الموجب لذلك، كما في الجعالة.

وجهه الاصل عدم اللّزوم، وعدم تحقّق دخولها حينئذ تحت العقود، حتى يلزم بمثل اوفوا بالعقود(١) اذ لايقال العقد الّا على الايجاب والقبول معاً، فتأمّل فيه.

وأمّا الاكتفاء به على الوجه الذي قلنا، فالظاهر القول به واللزوم بعد العمل، اذ الاصل الجواز وللانسان ان يفعل في نفسه وماله بما يريد، الّا ماثبت تحريمه، ولصدق السبق الموجود في المستند(٢)، ولقوله صلّى الله عليه وآله: المسلمون عند شروطهم(٣) ونحو ذلك بل يمكن صدق العقد ايضاً.

ولكن ما قلنا باللزوم، للاصل وعدم التحقّق، ولاحتمال ان يكون معنى (اوفوا)، ايجاب الايفاء بمقتضى العقد ان كان جائزاً فجائز وان كان واجباً فواجب، وان كان هذا لايخلو من تأمل، فتأمّل فيه.

وامّا ان لم يكتف بالايجاب، بل يشترط القبول فهو لازم، لانّ الظاهر أنّه عقد، اذ هو مركب منهما على ماهو المقرّر.

وفيه منع، فانه قد يكون كالجعالة، ولمامرّ، وبالجملة مع الاكتفاء غير معقول ان يكون عقداً لازماً، ومع عدمه يكون كذلك لدخوله تحت العقود، والاصل فيه اللزوم، لأوفوا، ونحوه، وان منع اللزوم مع عدم الاكتفاء، فان المضاربة لابد فيها من القبول، مع كونها جائزة، وكذا منع لزوم كل عقد كالمضاربة والوديعة والعارية، ولما تقدم من احتمال ان يكون معناه يجب الايفاء بمقتضى العقد.

---

(١) المائدة ١.

(٢) اشارة الى الخبر الدال على المسابقة وقد مرّ ذكره.

(٣) راجع الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار ج ١٢ ص ٣٥٢.

وتفتقر المسابقة الى تقدير المسافة.

وتقدير العوض، ديناً كان او عيناً، من احدهما او اجنبيّ.

ويمكن ان يدفع بانّا مانقول انّ اللزوم لازم للايجاب والقبول (لاشتراط القبول ـ خ)، وعدم الاكتفاء بالايجاب من حيث هو، بل من حيث انه حينئذٍ يدخل تحت العقود جزماً، فيلزم لدليل لزومها، فلا يضرّ عدم لزوم المضاربة ومنع الكليّة ايضاً غير مناسب، لأنّ ظاهر الامر هو الوجوب واللزوم، وخروج الوديعة والعارية على تقدير كونهما عقدين بدليل، لايضرّ كالمضاربة، والمعنى المذكور للآية بعيد، اذ المتبادر انّ العمل بمضمون العقد واجب، فاذا كان مضمون (اسابقك) ان سبقتك آخذ منك السبق، وان سبقتني اعطيك ذلك، يكون العمل به واجباً ولازماً، لأنّه العقد لاغير، فتأمّل.

قوله: ويفتقر المسابقة الخ. اشارة الى شرائط المسابقة، وهي خمسة (الاوّل) تعيين المسافة ابتداء وانتهاء أي الموضع الذي يبتدئان منه، والغاية التي ينتهيان اليها.

ودليله أنّه انما وقع هكذا في زمانه صلّى الله عليه وآله وأنّه لو لم يعيّنا يقع النزاع، وانّه قد يهلك الدابة.

ولعله لاخلاف فيه، بل هو اجماعي، والّا فلا مانع ان يتسابقا حتى يقف احدهما، فيسبق الآخر فتأمّل.

وايضاً ظاهرهم أنّه يشترط كونهما متساويين في الموقف، فلو شرط لاحدهما السبق المعيّن في الجملة لم يجز، صرّح به في التذكرة، ودليله غير واضح، وذكر انّ الغرض هو العلم بجودة سير الفرس، وهو لم يحصل، وفيهما منع.

(الثاني) تعيين المال الذي يتسابقان عليه جنساً وقدراً، لأنّه عوض عن فعل محلّل، فلابد من العلم به، كما في الاجارة وغيرها، ولئلا يحصل الغرر والنزاع.

والدليل غير واضح، الّا ان يكون اجماعاً، اذ لامانع ان يقال: من سبق

وتعيين مايسابق عليه.

واحتمال السبق.

فله مايعيّن زيد او هو او أنا، كما في المهر او فرس او ثوب، ونحو ذلك، فيلزم ماصدق، او العبد الآبق او جزء منه، كما في الجعالة، ويجوز كونه عيناً او ديناً.

واعلم أن عقد المسابقة لايلزمه مال، وانما يلزم التعيين لوشرط، ولا فرق في ذلك المال بين كونه من احد المتسابقين او من الاجنبيّ.

(الثالث) تعيين مايسابق عليه ـ من الدّواب المذكورة التي يجوز المسابقة عليها ـ بالمشاهدة، لانّ المقصود من المسابقة امتحان الفرس لتعرف شدّة سيرها وتضمير الخيل(١) وتمرينها (تمرنها ـ خ) على العدو، وكل واحد يقتضي وجوب التعيين، فان حضرت الافراس مثلاً، وعقد العقد على اعيانها، جاز اجماعاً، وان لم تحضر ووصفت وعقد العقد على الوصف، ثم احضرت، فالاقرب المنع، لانّ المعول في المسابقة على اعيان الخيل فلا يكفي الوصف، وهو احد وجهي الشافعيّة والثاني الجواز لأنّ الوصف والاحضار بعده يقومان مقام التعيين في العقد في السّلم، وفي عقود الربا، فكذا هنا، والفرق ظاهر، لأنّ في المسابقة الغرض متعلق بالشخص، وفي السّلم وغيره بالكلّي، فافترقا، هكذا في التذكرة(٢).

وهو غير واضح وعموم الادلة يقتضي الجواز مع الوصف، اذ لامانع اصلاً، والفرق الذي ادّعي ظهوره هو محلّ النزاع فالظاهر عدمه.

(الرابع) احتمال مايسابق عليه للسبق، بمعنى انه يحتمل عند العقد ان يسبق كل واحد صاحبه، ولايكون سبق احدهما بعينه يقيناً، ولايشترط تساوي الاحتمالين، بل لو كان احدهما ضعيفاً والآخر قوياً لايضرّ، ما لم يعلم ويتعين

---

(١) في التذكرة: تضمر الخيل.

(٢) راجع التذكرة ج٢ ص٣٥٥.

وجعل العوض لهما، او للمحلّل، او الاجنبي، (لاجنبّي -خ ل) على اشكال.

سبق احدهما، وكذا هذا شرط في فرس المحلّل ايضاً(١).

ووجهه ظاهر،فان الغرض العلم بالسابق، فاذا كان قبله حاصلاً فلا معنى لتحصيله، لأنّه تحصيل الحاصل، فهو لهو وعبث.

(الخامس) جعل المال، سواء كان من المتسابقين او من احدهما فقط، بمعنى أنّه ان سبق مايعطي شيئاً، ولايأخذ، بل يحفظ ماله عن ان يأخذه احد، او من اجنبيّ، إما ما كان، او غيره، لاحدهما او المحلّل.

والظاهر ان لاخلاف فيهما(٢) عند الاصحاب، وقد استشكل المصنّف في جواز كونه للاجنبيّ، وعموم الادلة -من غير مانع ظاهر، لاشرعاً ولاعقلاً- يقتضي الجواز، والمال ليس بشرط في عقد المسابقة، فشرط مال لغير السابق ليس بأدنى من عدم مال، مثل ان يقول: ان سبقت انت ما اعطيتك شيئاً، وان سبقت انا فاعط درهماً لزيد، وغير ذلك، ولانّ تحصيل غرض (الغير-خ) يكون مقصوداً للعقلاء، للثواب وغيره.

أعلم ان قول المصنف: (وجعل العوض - الى قوله - : على اشكال) لايخلو من شيء، فتأمّل.

وزاد في التذكرة خمسة اخرى(٣).

١-عدم تضمّن العقد شرطاً فاسداً، وهو ظاهر، فترك للظهور .

٢-ان يجعل المسافة بحيث يتحمّل الفرسان قطعها، ولا ينقطعان دونها، وهو ظاهر أيضاً .

---

(١) انتهى مفاد ما في التذكرة فراجع.

(٢) يعني من المتسابقين او من احدهما.

(٣) حيث جعل الشرائط اثناعشر شرطاً فراجع ج٢ ص٣٥٤.

....

٣ـ ان يستبقا الدابتين(١) بالركوب. كأنّه المفروض، ولهذا ترك ، ودليله ايضاً واضح، الّا ان يكون اجماعاً.

٤ـ ارسال الدابتين دفعة، هذا ايضاً علم من شرط تعيين المسافة مع المساواة في الابتداء.

٥ـ تساوى الدابتين في الجنس، فلا يجوز المسابقة بين الخيل والبغال، ولا بين الابل والفيلة(٢) ولا بين الابل والخيل، وهو احد وجهى الشافعيّة، لأنّه مناف للغرض من استعلام قوّة الفرس، وتمرينها على السباق مع جنسها، والأقرب عدم اشتراط تساويها صنفاً، فيجوز المسابقة في الخيل بين العربي والبرذون، وفي الابل بين البختى والعربي(٣)، لتناول اسم الجنس للصنّفين، سواء تباعد الجنسان كالعتيق والهجين من الخيل والنجيب والبختي من الابل ام لا، وهو قول اكثر الشافعيّة وقال بعضهم: اذا تباعد لم يجز، كالجنسين، وهو بعيد(٤).

وجه جواز الصنّفين مع التباعد هو عموم الادلة، مع احتمال السبق في الجملة، واصل عدم مانع آخر، وهذا جار في الجنسين ايضاً، الّا ان يكون مجمعاً عليه، فتأمّل.

وباقي الزيادة في الشروط يرجع الى ماذكرنا في العوض.

واعلم أنّه قال في التذكرة: لايجوز التسابق للنساء لانّ الغرض التأهب للقتال ولاقتال عليهنّ.

وأنّه على تقدير اللّزوم لايجوز فسخه الّا بالتقايل، كما في ساير العقود

---

(١) في التذكرة: على الدابتين.

(٢) في التذكرة: ولا بين الفيلة.

(٣) في التذكرة: والعرابى.

(٤) انتهى كلام التذكرة ج٢ ص٣٥٦.

والرمي الى عدد (عدده ـ خ)، وعدد الاصابة، وصفتها.
وقدر المسافة، والعوض، والغرض.
وتماثل جنس الآلة.

اللازمة.

ولايجوز الزيادة في العوض والعمل الّا بفسخ العقد واستيناف عقد آخر، وامّا على تقدير جوازه جازت الزيادة والنقصان في المسافة، وفي المال مع التراضي.

قوله: «والرّمي الى عدده الخ» عطف على المسابقة، أي يفتقر عقد الرّمي ايضاً الى شروط، وهي ايضاً امور عدد مايرميه كل واحد وعدد الاصابة التي تحصل به الغلبة، أي عدد مايصيب الغرض كخمسة من عشرة مثلاً، وكيفية الاصابة من الخرق وغيره.

ودليله غير واضح، فان الظاهر ان الاصابة معنى واضح، يكفي مجرد الصدق على أي وجه كان.

قال في التذكرة: لايشترط الاعلام بصفة الاصابة (الى قوله): واذا اطلق(١) حمل على البرع(٢) (القرع ـ خ ل) وهو مجرد الاصابة، لأنّه المتعارف، ولانّه المطلق معناً فيحمل المطلق لفظاً عليه(٣).

نعم ان شرط نوعاً خاصّاً من الاصابة يتعيّن.

وقدر المسافة(٤) التي بين، الرّامي والغرض، ويشترط كونها بحيث يمكن الاصابة فيها وهو ظاهر ومذكور في التذكرة، وتعيين الغرض، أي مايقصد اصابته أي شيء كان، وتعيين العوض، وتماثل جنس الآلة، كنشاب ورمح، ووجهه ماتقدّم فيما يسابق عليه.

---

(١) في التذكرة واذا اطلقا.

(٢) برع براعة وزان ضخم ضخامة فاق اصحابه في العلم وغيره فهوبارع (مجمع البحرين).

(٣) انتهى كلام التذكرة.

(٤) عطف على قوله: وكيفية الاصابة.

ولا يشترط تعين القوس ولا السهم.

واما اتحاد نوع مايرمى به، فالظاهر أنه لايشترط عند اصحابنا، قال في التذكرة: أمّا اختلاف انواع القسّي والسّهام، فانّه لايضرّ، وذلك كالقسّي العربية مع الفارسيّة والدودانية مع الهندية، وكالنّبل، وهو مايرمي عن القوس العربيّة مع النشاب وهو مايرمى به عن القوس الفارسيّة (الى قوله): لانّا ذكرنا انّ اختلاف نوع الابل والفرس لايضرّ فاختلاف النوع في الآلة أولى، وقال بعض الشافعيّة: لايجوز المناضلة على النبل والنشاب، لانّهما ينزّلان منزل الخيل والبغال الخ(١).

ويؤيده عموم ادلة جواز هذا العقد، وعدم المانع عقلاً وشرعاً، بل لو لم يكن الاجماع في اشتراط الاتّحاد جنساً، لأمكن القول بعدمه ايضاً فمراده هنا بتماثل جنس الآلة الاتّحاد في جنس الآلة، مثل الرمح والنشاب لاغير.

قوله: ولايشترط تعين القوس الخ. أي لايشترط في صحة هذا العقد تعيين الآلة بالشخص بالمشاهدة، كما يشترط فيما يسابق عليه، مثل هذا القوس، فلا يشترط ان يقال هذا القوس او هذا النشاب، بل بالجنس والوصف ايضاً، بان يقال بالنشاب العربي والقوس العربي او العجمي وغير ذلك، للأصل، وعموم الأدلة، ولان الاختلاف بالنوع يجوز، ولانّ التعويل على الرّامي في الرّمي، ولا عمل للآلة، فتأمّل.

ولكن لاشكّ أنّه لو شرط نوع الآلة، او عينها، تعيّن، لدليل الشرط، ولايجوز العدول الّا برضا صاحبه، فلو شرط الرّمى عن القوس العربى لايجوز العدول الى العجمي، الّا ان يتفقا على العدول، صرّح به في التذكرة.

هذا باعتبار العدول الى الأجود، وجوز في التذكرة العدول الى الأضعف والأردى، مثل ان شرط العربيّة، فعدل الى الفارسيّة، وقال: هو احد وجهي

(١) انتهى كلام التذكرة ج٢ ص٣٦١.

ولا المبادرة (ولا ـ خ) المحاطة.

ولا تساوي الموقف.

الشافعية، والأظهر عندهم المنع هنا ايضاً الّا بالرّضا، كأنّه الأظهر للشرط.

ثم قال: ولا يتعين السهم والقوس بالشخص، وان عيّناه بالشرط، فلو عيّنا شخصاً من نوعي القسّي او السهام لم يتعيّن، وجاز ابداله بمثله من ذلك النوع فيه، سواء تجدّد فيه خلل يمنع من استعماله او لم يتجدّد ـ الى قوله ـ وهواظهرقولي الشافعية والثاني انه يصحّ الشرط، لامكان تعلق الغرض بذلك المعيّن، وتفاوت القوس الشديدة واللّيّنة، قريب من تفاوت القوس العربية والعجميّة(١) كأنّه الأظهر للشرط، فتأمّل.

قوله: ولا المبادرة ولا المحاطة. المبادرة ان يبادر احدهما الى اصابة عدد معيّن من مجموع الرشق مع التساوي في العدد، مثل عشرة من مأة، فتى وجد احدهما عدد الاصابة المشترط من عدد معيّن ـ مثل عشرة من خمسين، وماحصل من الآخر، ذلك العدد من الاصابة، مثل ان اصاب تسعة من خمسين ـ فقد نضل الاول، واستحق المال، وليس بلازم ان يشترط ذلك.

ولا المحاطة، وهو اسقاط مااصاب واحد بآخر، الى ان يتمّ الرشق، فكل من يكون عدد اصابته فاضلاً على الآخر بواحد، يكون هو فاضلاً.

ولكن يحمل المطلق من غير قيد على المحاطة، لانه المتبادر فتأمل وكل ماذكر وقيّد يعمل به من المبادرة والمحاطة وغيرهما.

دليل عدم الشرط واتباع الشرط مع الذكر هوعموم الادلة، والاصل، ودليل الشرط.

قوله: ولا تساوي الموقف. أي لا يشترط آن يذكّر أو يشترطا التساوي في

---

(١) انتهى كلام التذكرة ج٢ ص٣٦١.

وكما يصحّ الرهن على الاصابة، يصحّ على التباعد.
وان يبذل العوض أجنبي، او من بيت المال.

الموقف، فيجوز أن يشترطا كون أحدهما أقرب الى الغرض من الآخر، للأصل، وعموم الادلّة، مع عدم المانع عقلاً وشرعاً، ولأنّ الغرض اظهار الغلبة، وقد يحصل بالتأخر.

نعم مع عدم الاشتراط لابدّ من التساوي، وهذا مؤيّد لما قلناه من احتمال عدم اشتراط التساوي في الموقف في السابقة أيضاً، فتذكّر، وقد اشترط هناك التساوي في الموقف، فيبطل مع الشرط التأخر.

وشرط في التذكرة أيضاً تعيين المرامين وهو ظاهر، لأنّهما المتعاقدان، ولأنّ الغرض مايحصل بدونه، ولما ذكر في المركوب، فإنّهما بمنزلة المركوب في المسابقة، فتأمّل.

وايضاً ذكر اشتراط ذكر من يبتدي، ومع الاهمال يحتمل البطلان، والقرعة، لانّ الابتداء غرض مهمّ عند المرامين، (المراميين ـ خ) فان الغرض يكون خالياً، والنفس مستقرة يكون أدخل للاصابة.

وذلك غير واضح، فيحتمل الصحة مع الاهمال، والعمل بالقرعة ان تشاحا.

قوله: وكما يصحّ الرهن الخ. أي كما يصحّ الرهانة وشرط اخذ مال على اصابة الغرض مع الشرائط المتقدمة، يجوز على التباعد بان يرميا من موضع معيّن الى صوب معين بانّ من يبعد سهمه عن الآخر فله كذا وكذا من المال، ودليل جوازه عموم الادلة، وكأنه مجمع عليه ايضاً.

قوله: وان يبذل العوض الخ. أي يجوز ان يكون الباذل لمال عقد السبق مطلقا اجنبيّ، أي من لايسبق ولايرم، لانّ فيه مصلحة المسلمين وتقويهم (يقويهم ـ خ) للقتل والقتال (للقتال ـ خ) مثل الامام ونائبه، ويجوز ان يبذل العوض من بيت المال، لانه من المصالح، لانّه يحصل به معرفة القتل والقتال

وجعله للسابق او للمحلّل.

ولو جعل للسابق من خمسة فتساووا، فلا شيء. ولو سبق واحد او اثنان فلهما اوله.

والملكة، وهو اهمّ المصالح، ولاشكّ في جوازه من المتسابقين واحدهما عندنا، وقد اشرنا اليه فيما تقدم.

قوله: وجعله للسابق الخ. أي يجوزجعل العوض لمن غلب وسبق صاحبه، سواء كان العوض من الاجنبي او من بيت المال او الرفيق ايضاً او للمحلّل وهو الذي ان سبق اخذ وان لم يسبق لم يغرم.

قوله: ولوجعل للسابق الخ. أي لو قيل هذا المال للسابق من اشخاص خمسة مثلاً، فتساووا أي ماسبق احدهم، بل صار الكلّ متساوياً، فلا شيء حينئذ لاحدهم، ولو سبق واحد او اثنان اوثلاثة بل اربعة،فالسبق المعيّن لمن سبق، واحداً كان او اكثر بالسّوية والسبق من بيت المال او الاجنبيّ اومن المتسابقين.

وفي استحقاق المتعدد خصوصاًثلاثة او اربعة تأمل، لانّ المتبادرمن قوله: (هذا لمن سبق منكم، مثلاً) هو الواحد عرفاً، وان كان لغة يصح اطلاقه على اكثر، ولان الغرض حصول عمل يستحق بذلك، وهوهنا سبقه على الكل، لاسبق الكل على الواحد، فان كان هنا قرينة معلومة يرجع اليها، والاّ يعمل بمقتضى العرف ان كان، والاّ فاللغة، فتأمل.

قال في التذكرة: ولوقال: كل من سبق فله دينار، فسبق ثلاثة فالاقرب ان لكل واحد ديناراً، ويحتمل في قوله من سبق فله دينار ذلك، ايضاً حتّى لو سبق ثلاثة استحق كل واحد ديناراً(١).

فقوله: (فالاقرب) يحتمل ان يكون اشارة الى كون الدينار الواحد للسابقين،

---

(١) انتهى كلام التذكرة ج٢ ص٣٥٨.

وجعل السبق للسابق وان تعدّد، وجعل المصلي لمن يصلّي (صلّى ـ خ ل) وان تكثّر، ولا شيء للأخير.

ويحتمل ان يكون اشارة الى عدم استحقاق شيء مع التعدّد اصلاً؛ الّا انّ ذلك بدون (الكلّ) اقوى لتأكيد (كل) افادة من سبق، وكذا في الثلاثة والاكثر لكثرة التعدد، ولكن ماذكر انّ المخاطبين الذين اشترط لهم كم هم؟ وقد يتفاوت الحكم على الظاهر بكثرتهم وقلتهم، فتأمّل.

وفي قوله(١): فلهما اوله، لفّ ونشر غير مرتّب.

قوله: وجعل السبق للسابق الخ. فيكون السّابقون مع تعيين المال متساوين فيه، ومع تعيين شيء على حدّه يكون ذلك لكل واحد واحد، فلو قال: كل من سبق فله هذا او درهم، فمع تعدّد السابق يقسّمون الاوّل بالسّوية، ويأخذ كل واحد درهماً في الثاني.

وكذا يجوز جعل المصلّى بسم المفعول أي مايجعل من المال للمصلي اسم فاعل واحداً كان او متكثراً، على الوجه الذي تقدم، ولا شيء للاخير، أي الذي تأخّر عن المصلّي، فالسابق يأخذ ماله، وكذا المصلي، وان تعدّد فلا شيء لغيره.

وجه الكل واضح، وليس فيه شيء الّا ما اشرنا اليه، فتذكر.

المصلّي هو الذي يحادي رأسه صلوي السابق، والصّلوان عظمان نابتان عن يمين الذنب وشماله، وقيل منه اشتق للصلاة الّتي هي العبادة، لانّ المتعبد يرفع صلوه في الركوع.

والظاهر ان المراد اقل المرتبة التي يصدق عليه المصلّي هو هذا، فلو تعدّى عنه فهو ايضاً مصلّي، فاخذ المصلّي.

كما انّ السابق هو الذي (ان ـ خ) يسبق ويتقدم بالعنق والكتد، وقيل

---

(١) يعني المصنف في المتن.

....

بالاذن، وهو المجلّي والكتد وهو الكاهل، وهو العالي، مايتواصل بالعنق والظهر، وهو من الخيل مكان سنام من البقر، وهو مجتمع الكتفين كذا في التذكرة.

ومعلوم انّ المراد هو اقلّ المراتب، فلو سبق بالاكثر هو سابق جزماً.

وقال في شرح الشرايع(١): والمشهور هذا الخبر، وردّه بانّ الخبر محمول على ضرب المثل، على حدّ قوله صلّى الله عليه وآله: كمفحص قطاة(٢)، المعنى بين الاصحاب وغيره، ونسب القول بانّه يكفي السبق بالاذن الى ابن الجنيد، خبر ابن الجنيد، قال النبي صلّى الله عليه وآله: بعثت والساعة كفرسي رهان كاد احدهما ان يسبق الآخر باذنه(٣) ثم استشكل القول به، وقال: للسابق معان كثيرة عند الفقهاء فتارة يعبّرونه بالقوائم وأخرى بالعنق وثالثة بالكتد (بالكتف ـ خ) والرابعة

(١) وحيث إن نقله لعبارة المسالك في غاية الاجمال فلهذا نقلناه من المسالك، قال (عند قول الماتن فالسابق هو الذي يتقدم بالعنق الخ) المشهور بين الاصحاب وغيرهم انّ السابق هو المتقدم بعنق دابّته وكتدها بفتح التاء وكسرها وهو العالي بين اصل العنق والظهر ويعبّر عنه بالكاهل، وذهب ابن الجنيد رحمه الله الى الاكتفاء بالاذن لقول النبيّ صلّى الله عليه وآله بعثت والساعة كفرسي رهان كاد احدهما ان يسبق الآخر باذنه، واجيب بالحمل على المبالغة وان ذلك خرج مخرج ضرب المثل على حدّ قوله صلّى الله عليه وآله: من بنى مسجداً ولو كمفحص قطاة بنى الله له بيتاً في الجنة، مع امتناع بناء مسجد كذلك، وبانّ احد الفرسين قد يكون هو السابق فيرفع رأسه فيتقدّم اذن الآخر عليه واعلم ان في كلا القولين اشكالاً، لان السبق معنى من المعاني يختلف بحسب اللغة والعرف وله اعتبارات متعددة عند الفقهاء، وغيرهم فتارة يعتبرونه بالقوائم واخرى بالعنق وثالثة برفع الكتد ورابعة بالاذن، فاذا اطلق المتسابقان العقد وجعلا العوض للسابق، ففي حمله على بعض هذه المعاني دون بعض نظر بل في صحة اطلاق العقد كذلك، الّا ان يدل العرف على ارادة شيء منها فيحمل عليه ولا كلام، انتهى.

(٢) الوسائل الباب ٨ من أبواب احكام المساجد، عن أبي جعفر عليه السّلام أنه قال: من بنى مسجداً كمفحص قطاة بنى الله له بيتاً في الجنة الخ.

(٣) في كنز العمال: بعثت انا والساعة كهاتين ـ واشار باصبعه والوسطى ـ كفرس رهان استبقا، فسبق احدهما صاحبه باذنه الخ ج١٤ ص٥٤٧ تحت رقم ٣٩٥٧١.

ولو أخرجا وقالا من سبق فهما له، وان سبق احدهما او المحلّل فهماله، وان سبقا فلكل ماله، وان سبق احدهما والمحلّل، فللسّابق مال نفسه ونصف الآخر، وللمحلّل الباقي.

بالاذن، فاذا اطلق المتسابقان (اسبق)(١)، فحمله على بعضها دون بعض نظر، بل في صحة اطلاق العقد كذلك، الّا ان يدلّ القرينة على ارادة شيء منها فيحمل عليه، ولا كلام فيه(٢).

ويمكن ان يقال كون السبق بهذا المعنى عرفياً في هذا المقام، وانّ الظاهر ان (انّه ـ خ) لاخلاف في صدق السابق على السابق بالمعنى المشهور، فهو مجمع عليه، ومادونه غير معلوم.

وماثبت العرف ولا اللغة في انّ هذا الفرس سابق او راكبه سابق اذا سبق دون ذلك، مثل الاذن، بل اذنه لاغير.

والاصل عدم السبق وعدم لزوم شيء، وبراءة الذّمة، حتى يتحقق، وقد يتحقق بالمشهور لابدونه، فلا اشكال، وعموم الادلة يدلّ على صحّة العقد، مع عدم تعيّن السبق بالمعنى المعين.

واما ماذكره في ردّ مذهب ابن الجنيد فليس ببعيد، اذ غير معلوم كونه ضرب مثل، وعلى تقدير كونه فهو سابق فينبغي ان يقال: بعدم صحة الخبر، بل سنده غير واضح، وعلى تقدير التسليم هو لغة سبق في الجملة، ومقيّد بالأُذن، ولايلزم من اطلاق السبق بالاذن أنه اذا ذكر السابق في عقد الرّهان المقرّر عند الفقهاء يكون المراد ذلك، وهو ظاهر، فتأمّل.

قوله: ولو اخرجا وقالا الخ. أي لو اخرج المتسابقان مالاً، وقالا هذا لمن سبق منا ومن المحلّل، فان سبق احدهما او المحلّل فالكل له، وان سبقاهما فلكل مال

---

(١) هكذا في جميع النسخ.

(٢) انتهى كلام المسالك.

ولو شرطا المبادرة والرّشق عشرين والاصابة خمسة فاصابا خمسة من عشرة، لم يجب الاكمال، ولو اصاب احدهما خمسة منها والآخر اربعة، نضل صاحب الخمسة.

ولو شرطا المحاطة فاصابا خمسة منها تحاطا،وأكملا، ولو

نفسه، فهو بمنزلة من لم يسبق احدهما اصلاً، وهو ظاهر، وان سبق احدهما والمحلّل على الآخر، فللسابق مال نفسه، لأنّه ماسبقه أحد حتى يأخذ ماله ونصف(١) مال المسبوق ايضاً، لأنّه سبقه مع المحلّل، والمال لمن سبق والسابق اثنان، فيقسّم بينهما بالسّوية، فيكون النصف الآخر للمحلّل.

قوله: ولو شرطا المبادرة الخ. قد عرفت معنى المبادرة، والرّشق بالكسر هو عدد الرّمي من النشاب، فلو اصاب كل واحد بالخمسة التي كانت اصابتها شرطاً من العشرة، فلم يغلب احدهما الآخر، ولم يجب اكمال العشرين، اذ لافائدة بالحصول الّا الا تيان بالشرط الموجب للغلبة.

أمّالواصاب احدهما خمسة من العشرة والآخر اربعة منها نضل صاحبه وغلبه، فيأخذ العوض، لأنّه قد شرط المبادرة، بمعنى (يعني-خ) كل من اصاب خمسة من عددعشرين،وما اصاب صاحب الخمسة من تلك العددمن العشرين فهونضل.

والظاهر أنّه لايجب حينئذ اكمال العشرين ايضاً لحصول الغلبة، بل الشرط ايضاً.

ونقل في التذكرة عن بعض العامة وجوب الاكمال لينتفع صاحبه بالعلم(٢) من راميه، ونحو ذلك، وفيه ماتقدم.

قوله: ولو شرطا المحاطة الخ. أي لو شرط المحاطة في عشرين رشقا واصابة

---

(١) عطف على قوله قدّس سرّه: مال نفسه.

(٢) في بعض النسخ: لتعلّم، وفي بعضها بالتعلّم.

اصاب احدهما تسعة منها والآخر خمسة تحاطا، واكملا، ولو بادر احدهما بعد المحاطة الى اكمال العدد مع انتهاء الرشق، فقد نضل صاحبه، وان كان قبله وطلب المسبوق الاكمال، اجيب مع الفائدة كرجاء الرجحان أوالمساواة او القصور عن العدد، وان لم تكن فائدة لم يجب، كما لو رميا خمسة عشر فاصابها احدهما والآخر خمسة، ويملك العوض بتمام النّضال.

الخمسة، فاصاب كل منها خمسة من عشرة تحاطا واكملا، فيجب الاكمال على تقدير وجوب العقد، الآ مع التراضي بالفسخ، لظهور الفائدة، فهو بمنزلة مالم يصيبا شيئاً.

وكذا لو اصاب احدهما تسعة من العشرة والآخر خمسة تحاطا، واكملا العشرين، لاحتمال ان يخطأ صاحب التسعة في كل العشرة الباقية، ويصيب الكل صاحب الخمسة، فيغلب صاحبه.

ولو بادر احدهما بعد المحاطة الى اكمال عدد الاصابة الذي هو شرط، يعني اصاب احدهما فقط دون الآخر خمسة، مع انتهاء كل رشق منهما، وهو العشرون، فقد نضل صاحبه وهو ظاهر، وان كان اكمال العدد(١) قبل انتهاء رشق صاحبه المسبوق وطلب لنفسه اكمال عدده، يجب اجابته مع الفائدة كرجاء الرجحان، مثل ان يرمى كل واحد عشرة، فيصيب احدهما ستة والآخر واحداً، ويبقى من الرّشق عشرة فيصيبها صاحب الواحد، فيكمل له احد عشر، ويخطأها الآخر فيحاطان ستة بستة، فيبقى لصاحب احد عشر خمسة او المساواة(٢) مثل ان يرمى كل واحد خمسة عشر فيصيب احدهما عشرة والآخر خمسة، فاذا اكملا الرّشق اصاب صاحب الخمسة واخطأ الآخر، فيحصل لكلّ منهما عشرة.

---

(١) في بعض النسخ وان كان اكماله الخمسة الخ.

(٢) عطف على قوله: كرجاء الرجحان.

ولو فسد العقد فلا عوض، ولو خرج مستحّقاً فعلى باذله المثل او القيمة.

او القصور عن العدد مثل ان يرمي كل واحد خمسة عشر واصاب احدهما عشرة والآخر اثنين ثم يرميان خمسة فيصيب صاحب الاثنين ويخطي صاحب العشرة فيقصر.

وان لم يكن فائدة لم تجب كما لو رميا خمسة عشر، فاصاب احدهما خمسة عشر والآخر خمسة، ويملك العوض بتمام النضال لحصول شرط الملك حينئذٍ.

قوله: ولو فسد العقد الخ. وجه عدم لزوم العوض المعيّن الذي شرط، مع فساد العقد، أنّ فساد العقد موجب للبطلان، فلا شيء حينئذ.

ويمكن ان يلزم اجرة المثل، سواء قلنا انّ العقد لازم كالاجارة او جائز كالجعالة.

والظاهر ايضاً انّ المراد بالاجرة اجرة المثل لمجموع ركض الفرس، لامقدار السبق فقط، وكذا رمي السّهام.

والظاهر انّ هذا مع جهل النّاضل والسابق لامع العلم.

ولو كان الفساد بسبب كونه مستحقاً للغير، فعلى باذله مثل ذلك ان كان مثليّاً، والّا قيمته، فانّه رضي بذلك العوض فاذا تعذّر يلزم العوض.

ويمكن حينئذ ايضاً اجرة المثل للفساد، وهو الحكم في غير المسابقة مع غصبيّة العوض، ويحتمل اقلّ الامرين من العوض بالمثل او القيمة، ومن اجرة المثل، لانّه قد رضي بالعوض المعين فمع التعذر تعين عوضه ولم يكن له الزيادة، فانّه اسقطها باختياره وعلمه، ومع كون الاجرة اكثر.

ويمكن ان يقال: الاصل عدم لزوم شيء، وقد فسد هذا العقد فلا يستحقّ اجرة عمله، كما لو فسد (العقد ـ خ) لغير ذلك.

ويحتمل ان يكون المراد بقوله: (ولو خرج مستحقاً) أنّه مافسد العقد

....

بخروجه مستحقاً، بان كان العوض في الذمّة، فدفعه وخرج المدفوع مستحقاً، وحينئذ يصحّ العقد ويلزم مثل مادفع او قيمته اعني ماذمّته، فتأمّل.

ثم اعلم انّه على تقدير كونه جائزاً كالجعالة يقوى عدم لزوم شيء في صورة الفساد مطلقا، لعدم الدليل.

ويؤيده ماقال في التذكرة: اذا وقع عقد المناضلة والمسابقة في الصحّة ودفع المال في مرض الموت، فهو من رأس المال ان جعلناه اجارة، وان جعلناه جعالة فهو من المتبرعات التي يخرج من الثلث، و للشافعية وجهان، ولو وقع العقد في المرض احتمل احتسابه من الثلث، والتفصيل، فان جعلناه جعالة فكذلك، والاّ فمن الأصل(١).

والتأييد ظاهر، ولكن في كلام التذكرة نظر، لانّ الجعل اذا كان غير زائد على اجرة المثل، فينبغي خروجه عن الاصل، سواء كان لازماً او جائزاً، واجرة الاجارة، ان كانت زائدة فالزائد من الثلث والباقي من الاصل، ولا دخل للزوم وعدمه في ذلك.

وبالجملة المال اذا كان سبب لزومه قبل المرض فهو من الاصل، سواء دفع في المرض ام لا، وانّ العقد اذا كان باجرة المثل، كان الجعل من الاصل، والاّ فالزائد من الثلث لازماً كان او جائزاً، فتأمّل في كلامها.

---

(١) انتهى كلام التذكرة: ج٢ ص٣٧١.

«المقصد الخامس في الشركة»

وفيه بحثان الاوّل الشركة عقد جائز من الطرفين.

«المقصد الخامس في الشركة»

قوله: المقصد الخامس في الشركة وفيه بحثان الخ. قال في التذكرة: الشركة هي اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشياع الخ.

فكون الشركة مطلقا عقداً(١) محلّ التأمّل، فان سببها قد يكون ارثاً، وقد يكون مزجاً، وقد يكون حيازة، بان يقلعا شجرة او يغترفاماءً دفعة.

نعم قد يكون عقداً، بان اشترى بعض حيوان ببعض حيوان آخرفصارا كلاهما مشتركين، وهما شريكان، وليس في شيء منهما الشركة التي هي عقد.

في كونها عقداً مسامحة، وهو ظاهر، فانّ الشركة هي الاجتماع المتقدّم، فلا معنى لكونها عقداً وجائزاً.

نعم البقاء على حكمه أمر جائز، بمعنى انه لايجب الصبر على الشركة، بل يجوز دفعها، وابقائها، فكأنّه يريد بالعقد معنى آخر للشركة غير ماتقدّم، كما سيجي ذلك، وبالجائز أنّه اذا اذن للتجارة وغيرها لايلزم ذلك، بل يجوز منعه بعد وطلب

---

(١) كما عرّفه قدّس سرّه في المتن.

....

القسمة.

قال في التذكرة: الشركة جائزة بالنص والاجماع، امّا النص فالكتاب والسنّة، امّا الكتاب فقوله تعالى: وَاعْلَمُوا اَنَّما غَنِمْتُمْ مِنْ شَيءٍ فَاَنَّ للهِ خُمُسَه وللرَّسُولِ وَلِذي القُربى واليَتامى وَالْمَساكينَ وَابنِ السَّبيلِ الآية(١) اضاف الغنيمة اليهم، وجعل الخمس مشتركاً بين الاصناف المذكورين، وقوله تعالى: فَاِنْ كانُوا أكثرَ مِنْ ذلكَ فَهُمْ شُركاء في الثلثِ(٢) واما السّنة فنقل الروايات من العامة ـ الى قوله ـ ومن طريق الخاصّة مارواه هشام بن سالم (في الصحيح) عن الصادق عليه الصلوة والسّلام، قال: سألته عن الرّجل يشارك الرجل في السلعة؟ قال: ان ربح فله، وان وضع فعليه(٣).

وعن الحسين بن المختار، أنّه سأل الصادق عليه السّلام، عن الرجل يكون له الشريك فيظهر عليه (و ـ خ) قد اختان منه شيئاً أله ان يأخذ منه مثل الذي اخذ من غير ان يبيّن ذلك (له ـ ئل يب)؟ فقال: شوه(٤) لهما، اشتركا بامانة الله واني لاحبُّ له اِن رأى شيئاً من ذلك ان يستر عليه، وما احبّ له ان يأخذ منه شيئاً بغير علمه(٥).

والاخبار في ذلك كثيرة من طرق العامة(٦) ومن طرق الخاصّة، وامّا

---

(١) الانفال: ٤٠. (٢) النساء: ١٢.

(٣) الوسائل الباب ١ من أبواب الشركة الرواية ١ ج١٣ ص١٧٤ وفي التهذيب يشاركه الرجل بدل يشارك الرجل.

(٤) بمعنى التنكير والتقبيح كما في الوافي.

(٥) الوسائل الباب ٥ من ابواب الشركة الرواية ١ ورواها في التهذيب في باب الشركة والمضاربة تحت رقم ٣٥ ج٧ ص١٩٢. ونقل الرواية ايضاً في آخر هذا الباب هكذا: واني لااحب له ان رأى منه شيئاً من ذلك ان يشير عليه.

(٦) منها مايستفاد من سنن أبي داود ج٣ ص٢٥٦ - ٢٥٧ وص ٢٨٥.

ولا يصحّ شرط الاجل، لكن يثمر المنع من التصرف الا باذن جديد.

وتحقّق بمزج المتساويين، وباستحقاق الاثنين الشيء، إمّا بالارث اوالحيازة، او بابتياع جزء من احد المختلفين بجزء من الآخر.

وانما تصحّ بالأموال، دون الأبدان والوجوه والمفاوضة.

الاجماع، فانه لاخلاف بين المسلمين على الجملة، وان اختلفوا في انواع منها(١).

كأنّه يريد الاستدلال على حصول حكم الاشتراك، والّا حصولها ضروري او (و-خ) المعنى العرفي غير المعنى المتقدم، وهو عقد ثمرته جواز تصرّف مالك في ماله ومال غيره، كما سيجيء تحقيقه، فتأمّل.

قوله: ولا يصحّ شرط الاجل الخ. أي لو شرط اجلاً في نوع من الشركة المتقدّمة بالمعنى في العقد لم يلزم ذلك الاجل، بمعنى أنّه لم تنته بانتهاء الاجل، بل هي حاصلة بعده ايضاً، مالم تحصل القسمة.

لكن ثمرة شرط الاجل المنع للشريك من التصرف في المشترك حتى يحصل اذن جديد، فلو مزجا ماليهما، وقال احدهما للآخر تصرف بالبيع ونحوه، ونحن نكون شركاء الى سنة، فالشركة بعد السنة باقية، ولم يجز لاحدهما التصرف، الا (الى-خ) ان يعلم اذنه، فتأمّل.

قوله: وتتحقّق بمزج المتساويين الخ. وقد مرّ تحقيقه.

قوله: وانّما تصحّ بالاموال الخ. قال في التذكرة: الشركة على اربعة انواع، شركة العنان (من عنّ-خ) وهي ان يخرج كلٌ مالاً ويمزجاه، ويشترط (ويشترطا-خ) العمل فيه بابدانهما، ونقل الخلاف في سبب التسمية، واشتقاق

---

(١) انتهى ما في التذكرة ج٢ ص٢١٩ كتاب الشركة.

....

العنان من اين؟ ـ الى ان قال ـ ولذلك وقع الاجماع من العلماء على صحتها، واختلفوا في غيرها، واما شركة الابدان فهي ان يشترك اثنان فصاعداً فيما يكتسبان بايديهم كالصناع يشتركون على ان يعملون في متاعهم فمارزق الله فهو بينهم على التساوي او التفاوت(١).

والظاهر انّ هذه الشركة اعمّ من ذلك فانّها تعم شركة الصّانع في متاعه وغيره.

وشركة المفاوضة هي (فهي ـ خ) ان يشتركا ليكون بينهما مايكتسبان ويربحان ويلزمان(٢) من غرم ويحصل لهما من غنم، فيلزم كل واحد منهما مايلزم الآخر، من ارش جناية او غصب او قيمة متلف وغرامة لضمان او كفالة ويقاسمه فيما يحصل له من ميراث او يجده من ركاز او لقطة او يكتسبه من (في ـ خ) تجارة بما له المختص به، قال صاحب اصلاح المنطق(٣): شركة المفاوضة ان يكون مالهما من كل شيء يملكانه، بينهما، وشركة الوجوه قد فسرت بمعان، اشهرها ان يشترك اثنان وجيهان عند الناس لا مال لهما، ليبتاعا في الذمة الى اجل، على ان مايبتاعه كل واحد منهما يكون بينهما فيبيعاه ويؤدّيا الاثمان، فما فضل فهو بينهما وقيل ان يبتاع وجيه في الذمة ويفوّض بيعه الى خامل ويشترطا ان يكون الربح بينهما، وقيل ان يشترك وجيه لامال له وخامل ذومال، ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل،

---

(١) قال في التذكرة: الشركة على اربعة انواع، شركة العنان وشركة الابدان وشركة المفاوضة وشركة الوجوه الخ ج٢ ص٢١٩.

(٢) في التذكرة: ويلتزمان.

(٣) لامام اللغة والنحو أبي يوسف يعقوب بن اسحاق بن سكيت الشهيد سنة ٢٤٣ قتله المتوكل في يوم الاثنين لخمس خلون من رجب ويحتمل ان يكون المؤلف هو ابوحنيفة احمد بن داود الدينوري المتوفى سنة ٢٩٠ هو تلميذ ابن السكيت (الذريعة ج٢ ص١٧٣ تحت رقم ٦٣٨).

....

ويكون المال في يده لايسلّمه الى الوجيه، والربح بينهما، وقيل ان يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له ـ ثم قال ـ: لايصحّ شيء من أنواع الشركة سوى شركة العنان، وقد بيّنا انّ شركة العنان جائزة، وعليه اجماع العلماء في جميع الاعصار، وامّا شركة الابدان فعندنا انّها باطلة سواء اتفق عملهما او اختلف، بان يكون كل واحد منهما خياطا، ويشتركان في فعل الخياطة، او يكون احدهما خياطا والآخر نجّاراً، اويعمل كل واحد منهما في صنعته ويكون الحاصل بينهما، وسواء كانت الصنعة البدنية في مال مملوك، او في تحصيل مال مباح كالاصطياد والاحتطاب والاحتشاش(١).

ولا يظهر دليل على عدم الجواز سوى الاجماع، فان كان فهو، والّا فلا مانع، فانّه يرجع الى الوكالة في بعض الامور وتمليك مال في البعض الآخر وبذل نفس وعمل في مقابلة عوض، ولا مانع منه في العقل والشرع، ولهذا جوّز بعض اقسامها بعض العامة، ونقل انّ مذهب الشافعي كمذهب الاصحاب ثم قال: وشركة المفاوضة عندنا باطلة، وليس لها اصل، وبه قال الشافعي ومالك، ثم قال: وشركة الوجوه عندنا باطلة، وبه قال الشافعي ومالك(٢).

والبحث فيهما مثل ماتقدّم، فتأمّل.

ثمّ قال: اركان الشركة ثلاثة الاوّل المتعاقدان ويشترط في كل منهما البلوغ والرشد والعقل والاختيار والقصد وجواز التصرّف، والضابط (الضابطة ـ خ) اهلية التوكيل والتوكّل، لأنّ كل واحد من الشريكين متصرف في جميع المال، امّا فيما يخصّه فبحق الملك، وامّا في مال غيره فبحق الاذن من ذلك الغير، فهو وكيل عن صاحبه وموكّل لصاحبه بالتصرف في ماله.

---

(١) و(٢) انتهى كلام التذكرة.

....

فلا يصحّ وكالة الصبي، لعدم اعتبار عبارته في نظر الشرع، ولا المجنون لذلك، ولا السفيه، ولا المكره، ولا الساهي والغافل والنائم ولا المفلّس المحجور عليه، لأنّه ممنوع من جهة الشرع من التصرف في امواله.

ولا فرق في ذلك بين ان يأذن من له الولاية عليهم في ذلك اولا، الّا المفلّس، فانه اذا اذن له الحاكم في التوكيل او التوكل جاز، وكذا السفيه(١).

-الى قوله- الثاني الصيغة، وقد بيّنا انّ الاصل عصمة الاموال على أربابها وحفظها لهم، فلا يصحّ التصرف فيها الّا باذنهم، وانّما يعلم الرّضا والاذن باللفظ الدالّ عليه فاشترط اللفظ الدالّ على الاذن في التصرف والتجارة، فاذا (فان-خ) اذن كل واحد منهما لصاحبه صريحاً، فلا خلاف في صحته، ولو قال كل منهما: اشتركنا، واقتصرا عليه مع قصدهما الشركة بذلك، فالاقرب الاكتفاء به في تسلّطهما على التصرف به من الجانبين لفهم المقصود عرفاً، وهو اظهر وجهي (قولي-خ) الشافعية، وبه قال ابوحنيفه، والثاني أنّه لايكفي لقصور اللفظ عن الاذن.

-الى قوله-: الثالث المال، يشترط في المال المعقود عليه الشركة ان يكون متساوى الجنس، بحيث لو مزج ارتفع الامتياز بينهما، وحصل الاشتباه بينهما، سواء كان المال من الاثمان او العروض، كما لو مزج ذهب بذهب مثله او فضة بمثلها او حنطة بمثلها، او دخنا(٢) بمثله الى غير ذلك، ممّا يرتفع فيه المايز بينهما (٣).

وقد صرّح مراراً انّ الشركة لابدّ لها من عدم امتياز المالين، سواء كان مثلياً او قيمياً، وأنّه قد تكون اختيارية، وقد لا تكون اختيارية، وادّعى اجماع علمائنا على أنّها تجرى في العروض والاثمان، وانّها لا تصحّ بدون مزج المالين وقد

(١) راجع ص٢٢١ من التذكرة ج٢.

(٢) الدخنة ذريرة تدخن بها البيوت والظاهر أنّه دخنٌ بالرفع لادخناً بالنصب.

(٣) ص ٢٢١ من التذكرة.

....

عرفت ايضاً فيما سبق.

وانت تعرف انّ تلك الشركة ماتحتاج الى عقد ولاعاقد، ولعلّ مراده غير تلك الشركة، بل هي باعتبار الاحكام المترتبة عليها من جواز التصرف والتجارة وحصول الربح وغيرها.

وقال ايضاً فيها المقصود في هذا المقصد، البحث عن الشركة الاختيارية المتعلقة بالتجارة وتحصيل الربح والفائدة، فيمكن ان يؤخذ تعريفاً آخر للشركة، ويكون هذه الاركان والأحكام لها دون ماعرّفها بالتعريف المشهور.

فكأنّ المراد بها عقد ثمرته جواز تصرّف الملاك في مال نفسه(١) وغيره، وحينئذٍ يحتاج الى عقد، وهو لفظ، بل أمر دالّ على الاذن في ذلك بايّ وجه كان، بحيث لايحتمل غيره مجازاً او حقيقة، ولايحتاج الى قبول لفظي والمقارنة كما في سائر العقود. لأنّه توكيل واذن في التصرف، ففي عدّه من العقود تسامح.

وأمّا اعتبار ما اعتبره في التذكرة في المتعاقدين، كما نقلنا عنه آنفاً فجيّد، الّا أنّه قال: (لان كل واحد منهما متصرف الخ) وذلك غير معتبر في الشركة، بل يكفي جواز التصرف من احدهما.

وايضاً قال: ولا فرق في ذلك بين ان يأذن له من له الولاية عليهم في ذلك اولا، الّا المفلّس، فانه اذا اذن له الحاكم في التوكيل والتوكّل جاز وكذا السفيه.

وفي السفيه اشكال، اذ ليس له اهليّة التصرف والمعرفة بالمعاملة وكيفية حفظ مال نفسه، فكيف يسلّطه الحاكم على تصرّفه في ماله او تصريفه غيره فيه.

ولعل نظره الى انّ مجرد السّفه غير مانع من التصرف، الّا مع حجر الحاكم وانّ الحجر على الحاكم مادام سفيها غير واجب، والاوّل مذهبه في السّفه العارض

---

(١) يعني كلّ في مال نفسه.

....

بعد الرشد، ولكن الثاني بعيد، فانّه الولى كولى الايتام والمجانين، ويعرف انه يضيّع الاموال.

ويحتمل ان يكون مقصوده انّه يصحّ (يصلح ـ خ) مجرد عقد الشركة بعبارة السفيه باذن الحاكم، فانّ عبارته معتبرة، الّا انّ الحاكم منعه لوجه، فاذا جوّز الحاكم افاد كلامه مفاده، وصار معتبراً كسائره، ككلام غيره، واذا تصرّف بنظر الحاكم يجوز تصرّفه ايضاً، لانّه علم أنّه مع المصلحة، وعبارته للبيع والشراء ايضاً معتبرة، وليس بمسلوب القابليّة كالطفل والمجنون، فالنظر والاعتبار في عقد الشركة وما يترتّب عليها من التصرف بالحقيقة الى الحاكم، وانّما السفيه هو الآلة ولافظ وقاصد، وذلك غير مسلوب عنه.

وحينئذيمكن مثل ذلك في الصبيّ المميّز، خصوصاً صاحب التميز القويّ المراهق.

وايضاً فيا اعتبره (فيا سبق ـ خ) في الصيغة تأمّل، حيث قال: فلا يصحّ التصرف فيها الّا باذنهم (فيها ـ خ) وانّما يعلم الرّضا والاذن باللفظ الدالّ عليه، فاشترط اللفظ الدالّ على الاذن في التصرف والتجارة، لانّ العلم بالاذن والرضا ليس منحصراً في اللفظ، بل يعلم بالاشارة والفعل والكتابة ايضاً، وهو ظاهر.

فكأنّه يريد اللفظ ومايقوم مقامه من الدلائل، ولهذا اكتفى بـ(اشتركنا) مع أنّه اعم، اذالشركة تحصل بالاختيار وغيره، ولايستلزم بمجردها الاذن في التصرف، وهو ظاهر.

الّا انه اكتفى بالقرائن وظهور قصد ذلك، وان لم يكن اللفظ صريحاً في ذلك، فعلم ان المدار على العلم بالرّضا والاذن كما في الوكالة.

واعلم انّ مرادهم بالشركة حكم الشّارع بانّ هذا صار شركة بينهما لعدم التميز بين الحقوق، لاصيرورة المال وكل جزء جزء منه كذلك في نفس الامر، فان

....

الغالب من اسبابها هو المزج، وقد صرّح في التذكرة فيما سبق، انّ ذلك اعمّ من ان يكون في الا ثمان اوالعروض التى من ذوات الامثال، مثل الحنطة والدخن.

نعم قد يتحقق ذلك في الارث وشراء شيء بالاشتراك ونحو ذلك.

وحينئذ فيما ذكره ـ في بيان المال الّذي يجرى في الشركة فيما تقدم في التذكرة ـ ايضاً تأمّل، حيث اشترط تساوى الجنسين في المال المشترك أثماناً وعروضاً اذ يجري حينئذ بالمعنى المتقدم في غير المتجانسين ايضاً، حيث ارتفع المايز.

ويؤيده ان ليس الّا الاشتباه، وهو حاصل (مشترك ـ خ)، وانّه ايضاً قد يحصل التفاوت قيمة ووصفا في المتجانسين ايضاً، وهو واضح.

وايضاً لاشكّ في تحقق الاذن في التصرف على وجه الشركة بالشّراء بالعين المماثل وغيره، فيحصل فائدة الشركة، بل يحصل ذلك مع الامتياز ايضاً، الّا أنّه (ان ـ خ) يكون الشركة باعتبار القيمة، فلا مانع منها حينئذ.

ولهذا قال في التذكرة بعد الركن الثالث: المال، وبيان الشركة بعده ـ على ما نقلناه ـ تذنيب(١)، اذا اشتركا فيما لامثل له كالثّياب وحصل المزج الرافع للامتياز تحققت الشركة، وكان المال بينهما، فان علمت قيمة كل واحد منهما، كان الرجوع الى نسبة تلك القيمة، والّا تساويا، عملاً باصالة التساوى الخ(٢).

يعلم انّ عقد الشركة والشركة بالمعنى الاوّل يتحقق في غير المتجانسين من العروض غير ذات الامثال، بل تكون قيميّات ومختلفات، فيمكن ان يحصل الربح، كما في غيرها بان يأذن احدهما لصاحبه في التجارة بها فاتّجر وحصل الربح، كما صرّح في التذنيب، الّا ان في الحكم ـ مع عدم العلم بالقيمة بالتساوي للاصل ـ

---

(١) في التذكرة قال: مسألة اذا اشتركا الخ.

(٢) انتهى كلام التذكرة ج٢ ص٢٢٢ (كتاب الشركة).

والرّبح والخسران على قدر رأس المالين (المال ـ خ) مالم يشترطا الضدّ، على رأي.

محلّ التامل، بل ينبغي هنا الصلح والتراضي فان مساواة الاعراض بحسب القيمة مع تخالف الجنس نادر، والاصل لايقتضي ذلك.

نعم مع التشاحّ وعدم الرضا بالصلح بوجه، لاخلاص سوى ماذكره المصنف رحمه الله فيقسّمان جميع المال متساوية مع عدم العلم بالتفاوت اصلاً، ومعه ومع الاشتباه يمكن القرعة.

واعلم ايضاً أنّه كان ينبغي ان يعرفوا رحمهم الله الشركة في هذا المقام بغير التعريف المشهور، لأنّ غرضهم بيان الشركة التي هي مثل العقود، ويترتّب عليها الاحكام من ربح ونحوه، ويذكرون أنّه عقد جاين وله اركان، فليس المراد اجتماع حقوق الملاك في مال واحد، لما بيّنا، بل التي يحصل معها التصرّف في المال المشترك، ومع ذلك لم يعرّفوها بهذا التعريف، بل عرّفوها في هذا المقام بالتعريف الاوّل في كثير من الكتب مثل الشرايع والتذكرة، وكأنّهم بنوا كلامهم على انّ المقصود واضح، وهو انّ الشركة الحقيقية هو الاجتماع، وامّا الاحكام فرتّبت (فيترتّب ـ خ) بالاذن في التصرف في المال المشترك وذلك عقد جايز وله اركان ثلاثة.

قوله: والربح والخسران على قدر رأس المالين الخ. يعني اطلاق عقد الشركة يقتضي قسمة الرّبح بنسبة رأس المالين، مع تساوي العملين، بل مع تفاوت العمل ايضاً، فيكون صاحب زيادة العمل مسبرعاً بها، ويحتمل اجرة المثل لزيادة عمله، والاصل ينفيها، فمع تساوي المالين الربح يكون متساوياً بينهما مطلقا مع الاطلاق والرّبح والخسران على الضعف لو كان المالان كذلك، فلصاحب ضعفه ضعف الرّبح والخسران، لانّ الرّبح كالجزء من الاصل فيكون حكمه حكم الاصل، والخسران نقص(۱) من جزء رأس المال، فاذا كان مشتركاً على الضعف،

(۱) في النسخة المطبوعة نقص جزء من رأس المال.

....

لامحالة يكون التالف من صاحب الضّعف ضعف التالف من الآخر.

اما لو شرط التفاوت مع تساوي المالين، فان كان لصاحب الزيادة عمل زائد على عمل الآخر يقابل تلك الزيادة، فالظاهر ان لاخلاف في جواز هذا العقد ولزوم العمل بالشرط، في القسمة، وكذا مع تفاوتهما لو كان زيادة العمل تقابل زيادة المال.

وانّما الخلاف فيما شرط زيادة الرّبح لقاصر العمل او للمساوي او للزائد، مع وجود مايقابلها في المال، وكذا اذا شرط التساوي مع تفاوت المالين، فنقل عن الشيخ في التذكرة بطلان الشركة ومقتضاها لبطلان شرطها، فان من شرط صحة العقد عنده كون الرّبح والخسران على قدر المالين، وهو مذهب الشافعي ومالك، لأنّه لو شرط التفاوت في الخسران مع التساوي لم يصحّ الشركة، بل يكون تفاوت التالف بالنسبة، لابحسب الشرط، والظاهر اللّزوم، لاوفوا، والمسلمون عند شروطهم ولأنّه شرط ليس فيه خلاف الكتاب والسنّة، لأنّ لصاحب المال ان يفعل به مايريد، الّا الممنوع منه شرعاً، وليس هنا منع واضح، فيلزم كسائر الشروط في سائر العقود، ولان هذا كالمضاربة، فكما يجوز التفاوت فيها مع الشرط، وبدونه محمول على التناصف كذلك هنا، فان المال هنا بمنزلة العمل هناك (١).

وقد يقال كون ذلك شرطاً ممنوع، بل هو المتنازع فيه، والقياس على الخسران لو صحّ فهو قياس، مع أنّه فرق بينهما، لانّ التالف عن المال المشترك الّذي ضعفه لواحد ونصفه لآخر لايمكن الّا يكون منهما على التساوي، فالشرط هنا باطل، لانّه بمنزلة ان يشترط كون تلف مال نفسه الخاص من غيره، وذلك ممّا

---

(١) هذا ملخص ماقاله في التذكرة راجع ج٢ ص٢٢٥ مسألة، اطلاق الشركة يقتضي بسط الربح والخسران على قدر رؤس الأموال انتهى.

ولا يصحّ لاحدهما التصرّف، الّا باذن شريكه، ويقتصر على المأذون فيضمن لو خالف.

لايمكن الّا بمعاملة وعقد.

ثم انّ ظاهر ماهنا موافق للتذكرة، من قوله: (على قدر رأس المالين مالم يشترطا الضدّ)، أنّه على تقدير شرط الضد أي خلاف نسبة المالين ـ لم يصحّ، سواء اشترط الزيادة لصاحب زيادة عمل او ناقصة، مع المساواة في المال، او نقصانه فيه ايضاً.

ولكن يشعر بان الخلاف يكون في الجملة، كما يشعر به قول الشيخ انّ التساوي شرط، الّا انّ ظاهر التذكرة عدم الخلاف فيما اذا كان لصاحب الزيادة زيادة عمل.

قال في التذكرة: لو اختص احدهما لمزيد (بمزيد ـ خ) عمل وشرط مزيد ربح له صحّ عندنا.

ويحتمل ان يريد بـ(عندنا) عند نفسه لا عند الشيخ ايضاً، ويؤيّده قوله: وهوظاهر على اصلنا واصل أبي حنيفة، وللشافعي قولان، فان مذهب الشيخ كان مذهب الشافعي (مذهباً للشافعي ـ خ) فيحتمل ان يكون للشافعي هنا ايضاً قول موافق للمساواة، لقول الشافعي، ولكن التفاوت موجود، ولهذا كان مذهب الشافعي ـ فيما اذا لم يكن لصاحب الزيادة عمل ـ عدم الصحّة قولاً واحداً، لان عبارة المصنف توهم أنّه لو شرط زيادة الخسران على احدهما يكون لازماً ومتّبعاً كالرّبح او جعلهما واحداً، وهو خلاف للظاهر، بل الحق، لما (ما ـ خ) عرفت، فتأمّل.

قوله: ولا يصحّ لاحدهما التصرف الخ. لمّا كان المال المشترك تعلق به حق كل من الشريكين، وقد ثبت بالعقل والنقل عدم جواز التصرّف في مال الغير الّا باذنه فلا يجوز لاحد الشركاء التصرف في المشترك الّا باذن باقي الشركاء،

وله الرجوع في الاذن، والمطالبة بالقسمة متى شاء.

فان اذن احدهما الآخر (لآخر ـ خ) اختصّ المأذون بالتصرّف، ولا يجوز للآذن التصرف الّا باذن المأذون، والاذن توكيل فلا يتعدى، فان كان عامّاً يتصرّف كذلك، وان كان خاصّاً فكذلك.

وأنّه تابع للمصلحة، الّا ان يصرّح فلا يجوز البيع نسيئة، ولا بغير نقد البلد ولايشترى ولا يبيع بالغبن الفاحش الذي ليس للوكيل الّا مع اذن الشريك، فان خالف لزم في حصّته، ويبطل في حصّة الشريك، او يكون موقوفاً على تقدير جواز الفضولي، فمع البطلان يتخير المشتري مع الجهل، لتبعّض الصفقة فانّه عيب موجب للخيار عند الاصحاب.

وبالجملة قد صرّح في التذكرة مراراً انّ اذن الشريك توكيل، فلايجوزه الى غير مايجوز للوكيل، فلابدّ ان يقتصر على ما اذن له فيه.

ولو اطلق الاذن وعمّمه فله التصرف كيف شاء بحيث لايخرج عن مقتضاه شرعاً وان عيّن جهة فتجاوزها كان ضامناً وآثماً بل غاصباً.

وليس لاحدهما السّفر بمال الشركة، فلو اذن في التجارة في البلد فسافر به او اذن به الى جهة وسافر الى اخرى، اوتعدى أثم وضمن وبالجملة لايجوز التجاوز عن الاذن، والتصرف بغيره موجب لها (للاثم والضمان ـ خ ل).

قوله: وله الرّجوع في الاذن الخ. لما عرفت انّ الشركة عقد جائز، وأنّه ليس من العقود اللازمة بالاجماع، قاله في التذكرة(١): فاذا اذن احدهما الآخر في التصرف لايلزمه المضي في ذلك فيجوز له الرّجوع، فله فسخ الشركة والرّجوع عن الاذن، ولانّه توكيل وتوكّل، فيجوز الفسخ بالعزل والانعزال، فتبقى الشركة بالمعنى الاوّل، وتبطل بالمعنى الثاني أي العقد، فيصحّ العزل والرجوع بقوله: لا تتصرّف

---

(١) في بعض النسخ: قال في التذكرة.

وليس له المطالبة بالانضاض.

والشريك امين لايضمن، بدون التعدّي.

وعزلتك، ولاينعزل العازل الاّ بعزل صاحبه، ولو عزل نفسه ينعزل، والظاهر انه لايحتاج حينئذ الى اذن جديد كما مرّ في الوكيل، فتذكر.

قال في التذكرة: ولو قال احدهما: فسخت الشركة ارتفع العقد وانفسخ من تلك الحال وانعزلا جميعاً عن التصرف لارتفاع العقد(١).

وفيه تأمل لانّ احدهما تكلّم فقط، فقوله: فسخت الشركة، يؤول الى عدم اذنه للآخر بالتصرف وعزله وابطال وكالته لأنّه قد مرّ مراراً انّ هذا العقد توكيل واذن(٢) وغاية مايكون عزلاً لنفسه(٣) ايضاً، فاذا بداله يجوز التصرف، اذا قلنا انّ الوكيل لاينعزل بمجرد عزله، ولايحتاج الى اذن جديد، الاّ ان يعلم الآخر الموكل، بل يرضى بعزله، أويعزله فتأمّل.

وكذا تنفسخ بموت احدهما(٤) وجنونه واغمائه وحجره، وبالجملة أنّه كالتوكيل (كالوكيل-خ) بل توكيل.

قوله: وليس له المطالبة الخ. ليس لاحد الشركاء مطالبة الشريك بان ينقد المال حتى يقسم، فانه تكليف يحتاج الى دليل، ولا دليل، والاصل براءة الذمة، وهو ظاهر.

قوله: والشريك امين الخ. قال في التذكرة: كل واحد من الشريكين امين يده يد امانة على ماتحت يده، كالمستودع والوكيل، يقبل قوله في الخسران والتلف مع اليمين، كالمستودع اذا ادّعى التلف، سواء اسند التلف الى سبب ظاهر

---

(١) راجع التذكرة ج٢ ص٢٢٤.

(٢) في النسخ المخطوطة هكذا: انّ هذا العقد والاذن، توكيل.

(٣) مراده قدّس سرّه انّ غاية مايكون أنّه يكون عزلاً لنفسه.

(٤) سيأتي تعرض المتن لذلك.

ويقبل قوله في عدمه، وعدم الخيانة ، واختصاص الشراء واشتراكه، ويبطل الاذن بالجنون والموت.

ولو دفع اليه اثنان دابّة وراوية على الشركة لم يصح، والحاصل للسّقاء، وعليه اجرتها، وقيل يقسّم اثلاثاً، ويرجع كل منهم على صاحبه بثلث أجرته.

او خفي(١).

فلا يضمن الّا مع الافراط والتفريط كالوكيل وللاصل(٢).

ويقبل قوله في عدم مايوجب الضمان من التعدي وكذلك في عدم الخيانة أي اخذ(٣) بعض المال من المال المشترك والتصرف فيه، ونحو ذلك، ويقبل قوله ايضاً في عدم الشراء بالمال المشترك بل بمايخصّه، وكذا اذا ادّعى الشراء بالمشترك.

وقوله: (يبطل الاذن الخ) قد علم.

قوله: ولو دفع إليه اثنان الخ. أي لو اعطى لزيد اثنان احدهما دابّة والآخر راوية ـ ليستقي زيد عليها بالراوية، فيبيع الماء على الشركة، ويكون الحاصل بينهم مثلثاً ـ، لم تصح الشركة، لما عرفت ان لاشركة في البدن، بل لابدّ ان تكون في المال الممتزج الذي لاامتياز له اصلاً، وحيث لاامتزاج لاشركة، فيكون الحاصل للسقاء لانّه حايز للماء فيملكه، وعليه اجرة الدابة وأجرة الراوية لصاحبها ويحتمل الاقلّ من الاجرة والحصّة، أي ثلث الحاصل، لمامرّ.

وقيل يقسّم الحاصل أثلاثاً، فان كانت اجرة مثلهم متساوية فلا بحث، وان كانت متفاضلة فيرجع كل واحد منهم على صاحبه بثلث اجرة مثله.

---

(١) انتهى كلام التذكرة ج٢ ص٢٢٥.

(٢) يعني لأنّه كالوكيل وللاصل، فهو عطف على المعنى.

(٣) هذا تفسير المضاف اليه (يعني الخيانة).

ويكره مشاركة الكفّار.

مثلاً كان الحاصل ستّة دراهم، واقتسموا أثلاثاً صار لكل واحد منهم درهمان، وكان اجرة المثل للسقّاء ثلاثة دراهم، ولصاحب الراوية، درهمان، ولصاحب الدابّة درهم، فيرجع السّقاء بثلث اجرته على صاحب الراوية، وبثلثها على صاحب الدابّة، فصارمعه اربعة دراهم، ويرجع صاحب الراوية على كل منهما بثلثي درهم، فصارمعه درهمان وثلث درهم، ويرجع صاحب الدابّة على كل منهما بثلث درهم، فصار معه درهم، فبقي عند كل واحد اجرة مثله، وهي ثلاثة للسقّاء واثنان لصاحب الراوية، وواحد لصاحب الدابّة، وهي اجرة مثلهم.

قواعدهم تقتضي الاوّل، والثاني يقتضيه النظر في الجملة، والثالث لاوجه له، الاّ أن يرجع الى اجرة المثل.

قوله: ويكره مشاركة الكفار. لانّه موجب لسلطنته على المسلم، ولانّه تستلزم المخالطة، ولانّه ظالم، ويكره معاملة الظلمة، ولانّه لابد من الحكم بكونه اميناً، ولا امانة له.

ويحتمل امانته في المعاملة، وقديكون أميناً حينئذ، ولهذا قال الله تعالى: مَنْ إنْ تأمنْه بدينار يؤدّه اليك(١).

وأكثر الوجوه يجري في الفاسق والظالم، خصوصاً الّذي لايجتنب اموال الناس مطلقا، فتأمّل.

وكأنّ وجه الاختصاص هو الرواية، مثل صحيحة ابن رئاب (أي علي الثقة) قال: قال ابو عبدالله عليه السّلام، لاينبغي للرّجل المسلم ان يشارك الذمّي، ولا يبضعه بضاعة، ولا يودعه وديعة، ولايصافيه المودّة(٢).

ورواية السكوني، عن أبي عبدالله عليه السّلام، انّ اميرالمؤمنين عليه السّلام

---

(١) آل عمران: ٦٨.

(٢) الوسائل الباب٢ من ابواب الشركة الرواية١.

ولو باعا سلعة صفقة وقبض احدهما نصيبه شاركه الآخر.

كره مشاركة اليهودي والنصراني والمجوسي، الّا ان تكون تجارة حاضرة، لايغيب عنها المسلم(١).

كأنّه استثناء منقطع والمدّعى اعم مما في الرواية، فلايتمّ، الّا ان يقال: يفهم الباقي بالطريق الأولى.

قوله: ولو باعا سلعة الخ. أي لو باع الشريكان سلعة مشتركة، صحّ البيع، وكان الثمن مشتركاً بينهما، فكلّ ماقبض احدهما منه كان بينهما، والباقي كذلك، وان قال احدهما للآخر: خذ انت نصيبك منه.

وجهه انّ ما في الذمم لم يختص باحدهما، ولايقبل القسمة مادام كذلك، لعدم تعيين شيء بيقين قبل الاخذ، فلا يختص به، لانّه فرع التعيين.

وكأنّه لاخلاف عندهم الّا عن ابن ادريس في انّ مافي الذمة مطلقا لايقبل القسمة، فكل مايأخذه احدهما شاركه الآخر، سواء كان في ذمم متعدّدة او في ذمة واحدة، والصورة المفروضة واحدة من تلك الصوّر.

قال في التذكرة:لايصحّ قسمة مافي الذّمم ـالى قوله: ـفلو تقاسما، ثمّ توى بعض المال، يرجع من توى ماله على من لم يتو، وبه قال ابن سيرين(٢) الخ.

وقال أيضاً فيها: لو كان لرجلين دين بسبب واحد امّا عقد او ميراث او استهلاك او غيره، فقبض احدهما منه شيئاً، فللآخر مشاركته فيه، وهو ظاهر مذهب احمد بن حنبل ـالى قوله ـ ولأنّ تملك القابض ماقبضه بقتضي قسمة الدّين في الذمة من غير رضا الشريك، وهو باطل، فوجب أن يكون المأخوذ لهما، والباقي بينهما، ولغير القابض الرجوع على القابض

(١) الوسائل الباب٢ من ابواب الشركة الرواية ٢.

(٢) راجع التذكرة: ذيل مسألة لو كان لرجلين دين بسبب واحد أمّا عقد الخ، ص٢٢٨.

....

بنصفه، سواء كان باقياً في يده او اخرجه عنها، وله ان يرجع على الغريم، لانّ الحق ثابت في ذمّته لهما على وجه سوى، فليس له تسليم حق احدهما الى الآخر، فان اخذ من الغريم، لم يرجع على الشريك بشيء لانّ حقّه ثابت في أحد المحلّين فاذا اختار احدهما سقط حقّه من الآخر، وليس للقابض منعه من الغريم، بان يقول: انا اعطيك نصف ماقبضت، بل الخيرة له من ايّهما شاء قبض، فان قبض من شريكه شيئاً رجع الشريك على الغريم بمثله، وان هلك المقبوض في يد القابض، تعيّن حقّه فيه، ولم يضمنه الشريك، لانّه قدر حقّه فيما تعدّى بالقبض، وانّما كان لشريكه مشاركته، لثبوته في الاصل مشتركاً ولو أبرأ احد الشريكين الغريم من حقّه برأ، لانّه بمنزلة قبضه منه وليس للشريك (لشريكه ـ خ) الرّجوع عليه بشيء، لأنّه لم يقبض شيئاً من حقّ الشريك(١).

ولا يخفى مافي هذا الحكم من الاشكال، لانّ الذي قبضه الشريك ان تعين كونه من الدين المشترك، فليس لشريكه الرّجوع الى الغريم في حصته منه، وأنّه لو تلف في يده يكون التالف منهما، لانّ الحق المشترك قد تعيّن في المأخوذ، فهو لهما، ولايجوز حينئذ للشريك التصرّف فيه بوجه، الّا ان ياذن شريكه، ولا يجب الاداء على المديون، بل لايجوز.

وقد ادّعى الاجماع على ذلك في شرح الشرايع، وانّ هذا التعيين بغير اذنه مشكل، بل مع الاذن وقصد الآخذ قبضه لنفسه لا له ايضاً لأنّه ليس بأكثر من الوكيل اذا قصد بالأخذ غير الموكّل فيه، ومع قصد الغريم أنّه للقابض فقط أشكل، فتأمّل.

وان لم يتعيّن اصلاً، يكون ملك الغريم، ولايتعيّن حقّ (من ـ خ) القابض

---

(١) انتهى كلام التذكرة ص٢٢٨.

....

ايضاً، وهم لايقولون به.

وان تعيّن كون الكلّ حقّه، ـ كما يدلّ عليه الحكم بانّه لو تلف في يده تعين حقّه فيه، ولم يضمنه الشريك ـ فلا معنى لرجوع الشريك اليه، وكونه شريكاً وكون الدين غير قابل للقسمة.

وان تعين حصّته فيه مشاعة، فلا معنى لكون التالف كلّه من ماله.

وبالجملة الحكم الذي حكموا في نحو هذه المسألة ـ من عدم قابلية الدّين للقسمة، بمعنى عدم اختصاصه بالقابض، بل اشتراك المقبوض بينهما بالمعنى المتقدم، مع الاحكام التي نقلناها من التذكرة ـ مشكل، لأنّه ماقبض الّا لنفسه مال الغريم بغير اذن الشريك، فتأمّل.

على أنّ قوله من غير رضا الشريك يشعر بانّه مع الرّضا يصحّ القسمة.

وايضاً قوله: فوجب ان يكون المأخوذ لهما والباقي بينهما صريح في كونهما شريكين في المقبوض، فينبغي ان يكون التالف منهما، ولا يكون للشريك الرّجوع الى الغريم.

وايضاً كيف يكون ذلك مع قصد القابض لنفسه وعدم اذن الشريك، ومعه لاينبغي الرجوع الى الغريم، وينبغي الشركة في الضمان، كمامرّ.

وايضاً قوله: فليس له تسليم حق احدهما الى الآخر صريح في عدم تعيّن حق له فيه، مع أنّه قد نقل جواز ذلك اتفاقاً، وكذا قوله: تعدى، فتأمّل، فالحكم المذكور المشهور مشكل.

وكذا قول ابن ادريس اختصاص القابض بما قبض، لأنّه ماأخذ الا الثمن مثلاً، وهو مشترك، وليس له شيء مخصوص، وهو دليل الجماعة على المشهور مع الروايات، فينبغي التأمل في دليل المسألة.

والذي يعلم من كلامهم أنّ الدين المشترك لم يقبل القسمة، سواء كان

....

في ذمة واحدة ام متعددة، بمعنى أنّه على تقدير القسمة برضاهما، مايحصل لكل منهما، ومايبقى ويتلف فهولهما،فيرجع (فرجع ـ خ) حينئذٍ بحصته ممّا حصل،على الآخر.

ولا تدلّ الروايات ايضاً على اكثر من ذلك، مثل رواية أبي حمزة، قال: سئل ابوجعفر عليه السّلام، عن رجلين بينهما مال منه بأيديهما ومنه غائب عنهما، فاقتسما الّذي بأيديهما، واحال كل واحد منهما بنصيبه (من نصيبه الغائب ـ ئل) من الغائب، فاقتضى (فاقبض ـ خ) احدهما، ولم يقتض (يقبض ـ خ) الآخر؟ قال: مااقتضى احدهما فهو بينهما، مايذهب بماله(۱).

أي لايأكل الآخر ماله الذي لم يقتض.

وأبو حمزة كأنه الثمالي، ولكن في الطريق علي بن الحكم، عن بعضهم، الّا أنّه لايضرّ، لقبول الاصحاب ومثلها رواية محمّد بن مسلم، عن احدهما(۲)، مع ضعف السند.

ورواية معاوية بن عمار، قال: سألت اباعبدالله عليه السّلام، عن رجلين الى آخر مانقلناه عن أبي حمزة بعينه(۳).

ورواية عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السّلام قال: سألته عن رجلين بينهما مال منه دين ومنه عين، فاقتسما العين والدّين، فتوى (أي هلك وكلف) الذي كان لاحدهما من الدّين او بعضه وخرج الذي للآخر، أيردّ على صاحبه؟ قال: نعم مايذهب بماله(٤).

(۱) الوسائل الباب٦ من كتاب الشركة الرواية۱.

(۲) الوسائل الباب ٦ من ابواب الشركة الرواية ۱ بالسند الثالث.

(۳) الوسائل الباب ٦ من ابواب الشركة الرواية ۱ بالسند الرابع، الا أنّ في هذه الرواية على مافي التهذيب: «فهو بينهما مالم يذهب بماله».

(٤) الوسائل الباب ٦ من ابواب الشركة الرواية ۲.

....

وقد نقل هذا من معاوية بن عمّار في التذكرة، والذي رأيته في التهذيب مانقلته كماترى.

وفي سند الكلّ ضعف في التهذيب، والقول بمضمونها ـ وظاهر كلام الاصحاب على المعنى الذي تقدّم ـ ممكن من غير محذور، وهو انّ القسمة مطلقا جائزة ومفيدة للتملك في الجملة، الّا انّ لزومها متوقف على حصول الحصّة بيد الشريك او وكيله، ولابعد في ذلك، ولا محذور والذي يقتضيه النظر ان يكون الامر كذلك على تقدير القسمة بغير رضاهما، بان يأخذ احدهما من الغريم حصته فقط، فلا يكون للشريك مزاحمته والأخذ منه، لانّ حقّه في ذمّة الغريم، وللغريم ان يعطى ماله لمن يريد، وقد ادّى بعض دينه من ماله، ويمكنه تعيين البعض، فيكون المال للقابض فقط، عوض دينه يفعل به مايريد، الّا ان يكون لزوم القسمة ـ وصيرورة ماقبضه له بالكليّة، بحيث لايرجع اليه ـ موقوفاً على وصول حق الشريك اليه وعدم تلفه، ولا استبعاد في ذلك ولامحذور.

ولعلّه عليه يحمل كلام اكثر الاصحاب، ولا تدلّ الرواية على اكثر من ذلك، وقد لايسلّم أنّ المأخوذ مشترك بالفعل، بل حصّته متزلزلة.

ويمكن ان يتكلّف لما نقلناه من التذكرة انّ حق الآخر يكون كليّاً مردّداً بين مافي ذمّة الغريم، وما في يد القابض، لأنّه بعض ماله واخذه حصته من غير لزوم تعيين، وان تعين كونه له في الجملة، فان رضى الشريك باخذه يكون حكمه حكم قبضه وقبض وكيله، والّا يتخلّص للقابض، ويرجع هو الى الغريم.

ويمكن ان يكون جواز الأخذ للشريك على هذا الوجه ووجوب اعطاء الغريم له كذلك، وكذا تصرف القابض.

ولكن فيه اشكال مّا، ويكون له الالتزام مع التلف ايضاً بما في يد القابض فيكون عنها، ومع عدمه يكون عن القابض فقط، ويكون له الرّجوع عن

ذلك الرّضا، مادام لم يلزمه بوجه شرعي.

ويحتمل اللّزوم بمجرد القول والرّضا اوّلاً، كما في قسمة الاعيان، ويدل على الاوّل كلام التذكرة.

ولو اجّل احدهما نصيبه من الدين جاز فانه لو اسقط حقّه جاز، فتأخيره أولى، فان قبض الشريك بعد ذلك لم يكن لشريكه الرّجوع عليه بشيء.

هذا اذا اجّله في عقد لازم، وان لم يكن في عقد لازم كان له الرّجوع، لانّ الحالّ لايتعجلّ بالتأجيل، فوجوده (المعجّل ـ خ) كعدمه.

فتأمّل فيه، فان المسألة من مشكلات الفنّ، فان الحكم غير موافق لقاعدة العقل، ولا تدل عليه الروايات، مع ضعفها.

نعم تدل على عدم لزوم القسمة بعد تلف البعض، ولا اجماع في المسألة، حيث نقل عن ابن ادريس القول بصحة القسمة وتعيين (تعيّن ـ خ) ماقبضه للقابض، لانّ المشترك هو العين، وقد ذهب.

وفيه تأمّل، ويمكن ان يقال كما مرّ في البحث مع التذكرة. وفي قوله طرح الروايات الكثيرة الصريحة المعمولة وترك الشهرة، بل كاد ان يكون ترك الاجماع، مع انّ ماذمّته أمر مشترك مشاعاً بعينه فتعيين شيء لاحدهما تعين لآخر.

«البحث الثاني في القسمة»

قوله: البحث الثاني في القسمة الخ. ترك تعريفها لظهور أنّها تمييز الحقوق كما قيل، وتعيينها أولى.

والظاهر أن لاخلاف من الاصحاب في أنّها أمر برأسها مملّك للشريك حصة الشريك بحصته، سواء كان فيه تقويم اوردّ ام لا، فاذا حصلت القسمة مع

وكل من طلب القسمة مع انتفاء الضرر اجبر الممتنع.

ولو اتفق الشركاء مع الضرر لم تجز، ويحصل الضرر بنقص القيمة.

شرائطها يحصل الملك بها.

وليست ببيع ولا صلح ولا غيرهما، لعدم وجود خواصّ الغير فيها، مثل (بمثل ـ خ) صيغة البيع وغيرها بالاتفاق، فقول بعض العامّة أنّها بيع بعيد، بل باطل، فلا يجري فيها احكام البيع وغيره.

وايضاً لاخلاف عندهم في أنّه اذا طلب احد الشركاء القسمة يجب على الآخر اجابته، وعدم منعه، اذا لم يحصل له ضرر بالقسمة سواء كان في تركها ضرر ام لا، وسواء كان احدهما مضطراً الى القسمة ام لا، لأنّه يجب ايصال حق الغير اليه، بمعنى تحريم ممانعته عن وصول حقه اليه وهو هنا بالقسمة فيجب القبول والالتزام مايلزم فيهامن الحضور او نصب وكيل ونحو ذلك.

وايضاً الظاهران لاخلاف في أنّه مع الضرر بالنسبة الى الكلّ مع عدم ضرورة لايجوز القسمة، لأنّه تضييع مال، وهو سفه واسراف ممنوع، بل يلزم حجرهم (حينئذٍ ـ خ) في سائر اموالهم.

ولكن في حقيقة الضرر الذي عدمه شرط للاجبار خلاف، فقيل نقصان في المال عيناً، أو قيمة نقصاناً عرفيّاً لايتسامح، ولايرتكب مثله الّا مع الاحتياج التامّ، فاذا انتفى مثل هذا الضرر عن الشريك ـ وطلب الآخر القسمة، مع انتفاعه عنه ايضاً ـ يجب الاجابة، وهو ظاهر، وقد مرّ.

وامّا عدم وجوبها مع ضرر الشريك فهو ايضاً ظاهر، الّا مع تضرّر الطالب بعدم القسمة، فيرجح مافيه مصلحتهما (مصلحتها ـ خ)، ويرتكب اقل ضرراً.

ومع التساوي يشكل الامر، فيحتمل القرعة، ومع وجوده بالنسبة اليه فقط فعدمها مبنى على انّ الضرر مانع مطلقا، كما هو ظاهر المتن، حيث ذكر الضرر في

وقيل بعدم الانتفاع.

الموضعين، ثم فسّره(١)، فلا يجوز له القسمة ايضاً هنا، الّا مع الاحتياج، وللآخر الامتناع، بل يجب الامتناع حينئذ، لأنّه سفه.

ويمكن ان يحال الضرر والنقصان الى العرف، فان كان قليلاً، وممّا يتسامح، فمع وجوده في الشريك يجبر، والّا لايجبر، ومع وجوده في طالب القسمة، فان لم يكن قادحاً في رشده، ولايعدّ ذلك سفهاً ـ يقسم والّا فلا.

نعم ان كان الضرر هو الخروج عن الانتفاع ـ كما اشار اليه بقوله: (وقيل الخ)ـ صحّ منعهم عن القسمة، مع الاتفاق ايضاً، لأنّه سفه، ولكن الظاهر منه معنى(٢) الاول، فتأمل، وعلى تقديره لابد ان يكون له غرض صحيح عند العقلاء، متعلق بارتكاب ذلك النقصان، ولو بالاحتمال وان لم يظهر ويجب الحمل عليه، فيجبر الممتنع.

وامّا اذا وجد في جانب الممتنع هذا الضّرر، فمع وجود مثله في جانب الطالب وعدمه ايضاً تجب الاجابة عند هذا القائل، كخلوه عن الضّرر بالكليّة، وامّا عند القائل الاوّل فلا تجب، وذلك غير بعيد، وهو مذهب المصنف، واشار اليه بقوله: (ويحصل الضرر بنقص القيمة).

والظاهر انّ المراد المنع من القسمة مع الضرر مطلقا، اعم من ان يكون لهما أولاحدهما، رضيا أم لا، حيث ذكره بعدهما، لا ستصحاب الشركة.

ولانّ الناس مسلّطون على اموالهم(٣).

ولانّ التصرف في مال الغير بغير اذنه خلاف العقل والنقل.

ولانّ التصرف في حصّة الشريك ـ وتملكّه بغير رضاه وتملك حصته له

---

(١) يعني بقوله قدّس سرّه: ويحصل الضرر بنقص القيمة الخ.

(٢) هكذا في جميع النسخ، ولعلّ الصواب المعنى الاوّل.

(٣) عوالي اللئالي ج١ ص٤٥٧.

ولا يصحّ قسمة الوقف.

كذلك ـ خلاف العقل والنقل.

ولانّ الضرر موجود بالنسبة اليه دونه، فيدل الخبر المشهور ـ لاضرر ولاضرار(١) ـ على نفيه.

وعلى تقدير الاجبار فالظاهر ان المجبر هو الحاكم بنفسه او بأمينه، فيكلّف بذلك من يقوم مقامه، كما في سائرها، ومع تعذّره فالظاهر انّ له ارتكابها بنفسه بحضور عدول او عدل، فتأمّل.

وقيل المراد بعدم الانتفاع بعد القسمة، عدم انتفاع يعتدّ به، ويعدّعرفاً عدم الانتفاع بالنسبة الى ذلك الشيء، كما في كسر الجوهر الكبير الذي له ثمن كثير، وبعد الكسر (القسمة ـ خ ل) امّا لايسوى شيئاً اصلاً، او يسوى شيئاً قليلاً.

وقيل عدم الانتفاع به منفرداً انتفاعاً كان يحصل منه حال الاجتماع وعدم القسمة.

والظاهر انّ الاوّل كاف(٢)، لمامرّ، واعتبار(٣) الثاني بعيد، والثالث ابعد.

ويمكن ان يقال: ينبغي ان يجبر الممتنع مطلقاً، اذا كان الشركة حاصلة من جانبه فقط، بان مزج مال غيره بماله اختياراً.

قوله: ولايصحّ قسمة الوقف الخ. أي لايصحّ ان يقسم الوقف بين اربابه، بان يأخذ كل بعضاً منه، وينفرد بالانتفاع منه، لانّهم ليسوا بمالكين فقط،

---

(١) راجع الوسائل باب ١٢ من كتاب احياء الموات ج١٧ ص ٣٤٠.

(٢) الظاهر انّ المراد بالاول ماذكره بقوله: والظاهر انّ المراد المنع من القسمة مع الضرر مطلقا، وبالثاني قوله: وقيل المراد بعدم الانتفاع بعد القسمة عدم انتفاع يعتدّ به الخ، وبالثالث ماذكره من قوله: وقيل عدم الانتفاع به منفردا الخ.

(٣) وفي النسختين المخطوطتين: وعدم اعتبار الثاني.

ويصحّ قسمته مع الطلق.

ولايشترط القاسم(١)، ولا اسلامه، لو تراضى الخصمان به.

وتكفي القرعة في التعيين بعد التعديل.

لتعلّقه بالبطون الأخر، ولأنّه على خلاف وضع الواقف وتبديل.

نعم قد يتصور القسمة بحيث لايحصل على احد ضرر بان وقف شخص على زيد وذريّته نصف داره وآخر نصف ذلك الدار على عمرو وذريّته و حينئذ لو قسّما هذه الدار لم يحصل ضرر على أحد، ولكن الكلام في القسّام فكأنّه المتولّى مع المصلحة او المالك، وهو بعيد فتأمّل.

وامّا قسمته مع المطلق بان كان جزء شيء وقفاً وجزئه طلقاً، فيقسم ويميّز الوقف عن الطلق، فذلك جائز، ويكون الناظر بمنزلة الشريك فيقسم.

والظاهر ان لانزاع فيه مع عدم اشتماله على الردّ، قال في شرح الشرايع، وكذا معه ان كان الرد من الموقوف عليهم، وامّا العكس فلا، لأنّه كالبيع، فتأمّل.

قوله: ولايشترط القاسم الخ. لايشترط في كل قسمة قاسم من جانب الحاكم، وعلى تقدير وجوده لايشترط اسلامه، فلو تراضيا الشريكان بقاسم كافر جاز، فيجوز ان يقسما بانفسهما من دون قاسم، ومعه وان كان كافراً، مع رضاهما به.

قوله: وتكفي القرعة الخ. يعني اذا عدلت السهام على مايقتضيه القسمة، فلابد من التعيين (للتعيين-خ)، بحيث يصير كل قسم ملكاً لكل واحد واحد منهم، بحيث لايجوز تغييره والاخذ منه الابرضاه (من القرعة-خ) و بعداخراجها بالقرعة لايحتاج الى رضا الشريك مرّة أخرى اذ يكفي الرّضا الاوّل باصل القسمة، وقد

---

(١) وفي بعض النسخ: ولا يشترط عدالة القاسم وفي بعض اخرى: ولايشترط ايمان القاسم والصواب ما اثبتناه كما يظهر من الشرح.

....

اخرجت القرعة التعيين.

وقيل ان كان القاسم من الامام فهو كاف، والّا يحتاج الى الرضا بعدها، ان اشتملت القسمة على ردّ، لأنّه حينئذٍ مشتملة على المعاوضة، فلابدّ من لفظ يدل عليها، واقلّه مادل على الرضا.

فيه تأمّل اذ الرضا الاوّل كاف والقرعة والتعديل بانفسهما قد يكفيان، على انّ منصوب الامام ليس بوكيل للشريك، حتى يقبل له، فانه منصوب للقسمة والقرعة فقط، على انّ القسمة والقرعة مطلقا معاوضة، كما صرّح به الشهيد الثاني في شرح الشرايع، فوجهه غير ظاهر، كأنه نظر الى ماذكرناه من اصل بقاء الملك على ملك مالكه، وبقائه على الاشتراك وعدم خروج شيء عن ملك احدهم والدخول في ملك آخر حتى يتحقق الدليل، ومع الرّضا بعدها او القرعة مع قاسم الامام ناقل بالاجماع، والباقي غير ظاهر كونه ناقلاً حتى يتحقق.

ويمكن ان يقال القرعة مع الرّضا الاوّل ناقل، فتأمّل.

واعلم انّ الظاهر انّ القرعة او الرّضا ثانياً انّما هو محتاج اليه للتملّك بحيث لايجوز لاحد العدول عنه، والّا الظاهر أنّه يكفي الرّضا باخذ كل واحد قسماً بعد التعديل بالرّضا، فانّه اذا رضى بان يأخذ عوض ماله من حصة الآخر (الحصة الآخر-خ) في مال.

الظاهر أنّ له ذلك، وهو مسلّط على ماله، فله ان يفعل مايريد، الّا الممنوع، ولا منع هنا.

ولانّ الظاهر أنّه تجارة عن تراض ايضاً، واكل مال الغير بطيب نفس منه.

والظاهر أنّه وان لم يكن مملكاً، فلا كلام في جواز التصرف فيه تصرّف الملاك، مثل ماقيل في المعاطاة والهدايا والتحف وان كان دليل الملك.

ويحتمل ان يكون تصرفاً بعقد باطل، فيكون حراماً، وهو بعيد جدّاً،

ويستحب للامام نصب قاسم.

ويشترط عدالته ومعرفته بالحساب.

ولا يكفي الواحد في قسمة الردّ، الّا مع الرضا.

وعمل المسلمين على غير ذلك، بل على الملك فتأمل.

قوله: ويستحب للامام عليه السَّلام نصب قاسم الخ. بل ينبغي ذلك للحاكم مطلقاً، لاحتياج الناس اليه، اذ قد لايحصل الرّضا في التعديل بقول بعضهم بعضاً، او لايعرفون ذلك خصوصاً في قسمة الرّد.

ودليل اشتراط عدالته الوثوق بقوله، اذ لاوثوق بغيره، وكان هذا للحاكم، والّا فالامام عليه السَّلام يعرف مايحتاج اليه ويحتمل الذكر لمعرفتنا بأنّه لم ينصب الّا عدلاً، كما قيل ذلك في بيان اكثر احكام للامام عليه السَّلام.

واما معرفته للحساب فلابدّ منها لمقدار مايحتاج اليه في القسمة.

قوله: ولا يكفي الواحد الخ. يعني اذا كانت القسمة قسمة ردّ بمعنى قسمته يحتاج الى التعديل بحسب القسمة حتى يتساوي الاقسام، يعني مالم يقوم الامور المشتركة لم يحصل التعديل والتسوية بين الاقسام سواء تحقق حينئذٍ ردّ ثمن وقيمة من احد الجانبين الى الآخر ام لا.

فكأنها سميت قسمة الرّد لتحققه فيها في الجملة، او ردّ قيمة من بعض العروض وضمّه الى آخر، حتى يحصل التعديل، كما هو الغالب.

وبالجملة، المراد بقسمة الردّ التعديل لا الردّ الحقيقي، كما نقل عن الدروس.

وامّا دليله فهو قولهم انّ التقويم لابد له من مقوّمين عدلين فانّهما حجة شرعية غالباً لاغير، ولأنّه لم يحصل الوثوق في امثال ذلك بحيث يلتزم، الّا بقول عدلين، هذا ان لم يرضيا الّا بهما، والّا فلهما ان يفعلا مايريدان بان يرضيا بانفسهما او بفاسق او عدل او نحو ذلك.

والاجرة من بيت المال، فان ضاق، فنهما بالحصص.

ومتساوي الاجزاء يقسم قسمة اجبار، وغيره ان التمس المتضرر القسمة (بالقسمة ـ خ)، اجبر غيره عليها.

قوله: والاجرة من بيت المال الخ. أي اجرة القسّام من بيت المال لانّ القسمة من جملة مصالح العامّة، ومؤنته من مصالح العامة، وهو بيت مال المسلمين، فان ضاق بيت مال المسلمين عن ذلك، ولم يكن فيه شيء يبذل له فمن مال الشركاء لأنّه لمصالحهم ولطلبهم فهو كالكيّال والوزّان لهما معاً وينبغي ان يكون ذلك بالحصص بينهم بان يقسّم اجرة المثل على الحصص فيعطى كل بالنسبة ماله.

قوله: ومتساوي الاجزاء الخ. المراد بمتساوي الاجزاء هو المثلي الذي يصدق على قليله وكثيره اسم الكل ـ واجزائه متساوية في ذلك، ولا تفاوت بينها (بينهما ـ خ) غالباً، وقد مرّ تحقيقه، وسيجيء ايضاً.

ولا يخلو عن اشكال وليس هذا محلّه. كالحبوبات والادهان ـ تقسّم قسمة اجبار، يعني لمّا لم يكن فيه ضرر بالقسمة، فيتحقق هنا قسمة الاجبار مطلقا، فاذا (فان ـ خ) رضيا، والّا اجبر الممتنع دائماً.

وفيه تأمل اذ قد يكون يسيراً بحيث لو قسّم لايبقى لكل قسم او لبعضه قيمة اصلاً، اوينقص نقصاناً فاحشا، بخلاف مالو بيع جميعاً يحصل لكل واحد من الشركاء من القيمة (من القسمة ـ خ) ماينتفع به، وهو غير بعيد، وحينئذٍ قد يمنع الكل من القسمة ومع اتفاقهما ايضاً، للضرر، كمامرّ، فينبغي تخصيصه ويراد به هنا مالايتضرّر بقسمته، وهو بعيد، فتأمّل.

فمع عدم الضرر يجبر الممتنع على القسمة مطلقا.

وأمّا غير المتساوي فان كان هنا متضرّر والتمس مع ذلك القسمة اجبر غير المتضرر عليها.

والظاهر ان لاخلاف فيه ان لم يبلغ ضرره (الى ـ خ) حدّ السّفه، كمامرّ،

وتقسم ماashتمل على الردّ قسمة تراض.

ولم يكن ضرر على الممتنع ايضاً، وان كان عليه ضرر اقلّ، فلا يبعد رجحان الاوّل، وامّا مع التساوي او الاكثر فلا جبر.

وايضاً يجبر مع عدم الضرر على الممتنع ولا على الملتمس كمامرّ، فالقيد موهم(١)، فلا تتوّهم، فلو قال: ان التمس الشريك، لم يتوهم شيء.

قوله: ويقسّم ماashتمل على الرّد الخ. هذا صريح في أنّه انّما يجبر الممتنع على القسمة، اذا لم تكن القسمة قسمة ردّ.

والظاهر انّ المراد هنا حقيقة أي اعطاء عوض الى الشريك ليحصل له القسم الذي اخرجته القرعة، فيخصّص به كلامه من قبل مثل قوله: (وكلّ من طلب الخ) ـ وان كان ظاهراً في جبر الممتنع على القسمة مطلقا، وكذا قوله: (وغيره ان التمس الخ)، فانّه دالّ على انّ غير المتساوي الاجزاء الّذي لايقسّم الّا بالتقويم والتعديل يجوز قسمته قسمة اجبار ايضاً، وهذا ايضاً اعمّ من كونها مشتملة على الرّد ام لا، وهو ظاهر.

وكذا دليل الحكم بالجبر، فانّه دفع الضرر ومنع المالك عن التصرف في ملكه، خصوصاً اذا كان الممتنع مفرطاً في حصول المزج بان مزج مال غيره بماله باختياره.

وهذا في غير قسمة الردّ، وأمّا فيها فلا يجبر الممتنع، بل انّما يصحّ مع التراضي، لانّها مشتملة على معاوضة، وبمنزلة بيع جزء من المال، فلابدّ من الرضا به، ولفظ دال عليه، كما قيل مثل ذلك دليلاً على الاحتياج الى الرضا بعد التعديل، والقرعة ان لم يكن القاسم منصوب الامام مع كون القسمة قسمة ردّ.

وقد عرفت مافيه من ان القسمة عندنا امر برأسه غير بيع.

وأنّه لو كان كذلك لافرق بين قسمة الردّ وغيرها، فانّ الأخير ايضاً

---

(١) يعني بقوله قدّس سرّه: المتضرّر.

وتقسّم الثياب والعبيد بعد التعديل.

والعلو و(أو-خ) السّفل معاً، لا بان ينفرد احدهما بواحد منهما، ولا

معاوضة وكبيع جزء من المال ببعض آخر، ولابدّ فيه من الرضا واللفظ.

ولانّ العلة الموجبة هو دفع الضرر والحرج المنفيّان بالعقل والنقل، كتاباً وسنة واجماعاً.

والغرض ان لاضرر على الممتنع بوجه، بل يحصل له النفع بالقسمة بان يعطى مثلاً بعض الدّراهم و بعض الامتعة او يؤخذ منه بعض الثمن، ويعطى حصته من المشترك التي يحصل منه النفع له اكثر.

و بالجملة الفرق بين قسمة الردّ وغيرها مشكل، خصوصاً اذا كانت مشتملة على التقويم مثل العبيد والثياب وجميع المقومات التي ليست (من-خ) متساوي الاجزاء فانّهم جوزوّا فيه القسمة الاجبارية دون مايشتمل على الرّد.

لعل دليله عدم جبر احد على بيع ماله، وخرج القسمة الخالية عن الرّد بالاجماع، وبقي الردّ تحته، والضرر غير مضبوط فتأمل، فان الحكم لايخلو عن اشكال، فان منع شخص عن التصرف في ملكه بعيد، خصوصاً اذا كان متضرراً غير منتفع (مع كونه مشتركا-خ) فان ذلك ضرر عظيم، الّا ان يخصّص مثل هذا الفرد بالجواز، يعني اذا كان الطالب متضرّراً بترك القسمة، والممتنع غير متضرّر بالقسمة، يجوز التقسيم، وان كان مشتملاً على الرّد، ولكن عبارة المتن وغيره مثل شرح الشرايع خال عن ذلك، الله يعلم.

قوله: ويقسّم الثياب الخ. يعني لابدّ في قسمة غير المتساوي من تقويم وتعديل، كالثياب والعبيد، فان حصل التساوي على وجه يقتضيه النظر من غير ردّ فيقسم كذلك، ويجري فيه الاجبار، كما مرّ، والّا ينضمّ اليه بعض الدراهم، وما يقابل به القسم الآخر، فيقسّم قسمة تراض قسمة الردّ.

قوله: والعلو والسفل الخ. يعني اذا اريد قسمة الدّور المشتملة على

يقسم كلّ منهما على حدة.

والارض المزروعة والزرع الظاهر، والقرحان(١) المتعددة كل واحد بانفراده، لاقسمتها بعضا في بعض.

والقراح الواحذ وان اختلفت اشجار أقطاعه بعد التعديل،

البيوت علواً وسفلاً، يجعل كل بيت علومع بيت تحته قسماً واحداً، ويستخرج بالقرعة بعد التعديل بالردّ وعدمه.

ولا يقسّم بان يجعل العلو قسماً والسفل قسماً، لانّه يحصل التعب والمشقة، ولا بان يقسم البيوت الفوقانيّة على حدة.

وكذا البيوت التحتانية، لاحتمال ان يقع الفوق لمن ليس له تحته، فيقع المحذور المتقدم، وهو واضح، ولا شك أنّه أولى ان امكن، وامّا الوجوب فليس بمعلوم، اذ مدار التقسيم على الرضا، خصوصاً في غير الاجباريّة، فلهم ان يرضوا بما يريدون، وايضاً قد لايمكن، وكأنّ المقصود بيان الأولى او الوجوب في الاجباريّة على تقدير الامكان.

قوله: والارض المزروعة الخ. أي يقسّم الارض المزروعة بانفرادها حتى يصير بعضها لواحد وبعضها الآخر لآخر، وكذا اصل الزّرع الظاهر على وجه الارض المزروعة،وكذا القرحان المتعددة ـوهو جمع قراح- وهي في الاصل الارض الخالية من الماء والشّجر يقسّم كل قراح على حدة ليحصل لكل واحد شيئاً منها، لا ان يقسّم الارض المزروعة والزرع بعضها في بعض بحيث يصير الارض لبعض والزّرع لآخر، وكذا لايقسّم القرحان بعضها في بعض حتى يصير بعضها بتمامه لشريك والبعض الآخر لآخر.

قوله: والقراح الواحد الخ. يقسم القراح الواحد ـ المراد به مافيه الشجر

---

(١) القراح المزرعة التي ليس عليها بناء ولافيها شجر والجمع اقرحة ومنه الحديث انثر في القراح بذرك (مجمع البحرين).

والدكاكين المتجاورة بعضها في بعض قسمة اجبار، ثمّ يخرج السهام على الاسماء، بان يكتب كل سهم في رقعة، ويأمر الجاهل باخراج بعضها على اسم احدهما او على السهام بان يكتب اسم كل واحد في رقعة ويأمر الجاهل باخراج بعضها على سهم منها.

ويعدل السهام قيمة لاقدراً، ولوكانا متساويين وكان الثلث

وان اختلفت اشجار اقطاعها بعضها في بعض- بعد التعديل.

وكذا يقسّم الدكاكين المتجاورة بعضها في بعض، بحيث كان واحد لواحد والآخر لآخر، ويقسّم كل ذلك قسمة اجبار، مع حصول شرطه، وعدم مانع فيه، مثل الردّ بناء على ماذكر.

وهذا العموم ايضاً يشعر بالجواز مطلقا، فيخصص، كماتقدم (بما تقدم-خ).

والظاهر انّ هذا الطريق للتقسيم لانه الاصلح والانفع غالباً، لا أنّه واجب دائماً، فلورضي الشريكان فلهما ان يقسّما كيف ارادا، اذا لم يكن مضراً وخارجاً عن الرّشد، بان يكون تضييعاً محضاً وسرفاً وسفهاً، وانّه ان رأى القسّام -انّ المصلحة في تقسيم الارض المزروعة والزرع، الظاهر ان يقسّم بعضها في بعض لاكل واحد لقلّته وعدم انتفاع كل او بعض بحصّته- فعل (جاز-خ).

قوله: ثمّ يخرج السّهام الخ. اخراج السّهام على الاسماء ان يكتب السّهام مثل الجزء الشمالي او القسم الذي فيه الشيء الفلاني سمّى العلامة المختصة به، فيقال لجاهل آخرج واحدة من الرقاع باسم زيد واخراج الاسماء على السّهام عكسه، فيكتب في الرّقعة اسم زيد، ثم يقال له اخرج قرعة بهذا الاسم (الفلانى-خ) وهوظاهر.

قوله: ويعدّل السّهام الخ. معلوم أنّه اذا كان المال غيرمتساوي

بازاء الثلثين، جعل الثلث محاذياً للثلثين.

ولو تساوت قيمة لاقدراً، بان كان لاحدهما النصف من متساوي الأجزاء، وللآخر الثلث، وللثالث السّدس، سوّيت على اقلّهم، ويخرج على الاسماء، ويجعل للسّهام اوّلاً وثانياً وثالثاً(١) فان خرج صاحب النصف فله الثلاثة الأول، فان خرج صاحب الثلث فله الأولان، وكذا في المرتبة الثانية.

الأجزاء، لابدّ من تعديل السّهام قيمة لاقدراً وزناً او كيلاً، فلو كان الشريكان متساويين وكان ثلث اصل المال المشترك قدراً مساوياً قيمة للثلثين قدراً مثلاً، يجعل الثلث قدراً سهماً والثلثين قدراً، سهماً آخر، وهو ظاهر.

قوله: ولو تساوت قيمة الخ. أي السّهام كلّها قيمة، وهي الاموال المشتركة، بمعنى ان يكون قيمة الثلث المقداري في المال المشترك مثل الآخر، ولا يكون قدر نصيب كل واحد مساوياً لنصيب الآخر، بان كان مثلاً لاحدهم النصف من متساوي الاجزاء وللآخر الثلث وللثالث السّدس، سوّيت على اقلّ السّهام، وهو السّدس في المثال المذكور، ويخرج على الاسماء وميّزت السّهام، ويجعل للسهام اوّلٌ وثانٍ وثالث ورابع وخامس وسادس، وتكتب اسماء صاحبها مثل زيد وعمرو وبكر، فانخرج صاحب السدس فله الاوّل وان خرج صاحب النصف فلّه الثلاثة الأول، وان خرج صاحب الثلث فله الأوّلان، وكذا في المرتبة الثانية أي اخرجت الباقية بعد ان اخذ الاوّل نصيبه ثانياً بين الباقين مثلاً فيخرج احد الاسمين على السّهام، فان خرج اسم من له السهمان كان له السهم الذي خرجت عليه، والذي يليه، والباقي للباقي وبالعكس.

---

(١) في بعض النسخ: ويجعل للسهام اوّل وثان الى آخرها.

ولو اختلفت قدراً وقيمة سوّيت على الأقل(١).

وقسمة الردّ تفتقر الى الرّضا.

ولو اتّفقا عليه، وعدّلت السهام، افتقر بعد القرعة الى الرّضا ثانياً.

ولو ادعى الغلط كان عليه البينة، فتبطل، او الاحلاف.

قوله: ولو اختلفت قدراً الخ. أي ولو اختلفت السّهام كلّها أي الاموال المشتركة قدراً وقيمة، ميزّت على الأقلّ الى ان يتعيّن جميع الحصص.

ويمكن في القسمين الاخراج على السّهام عكس المذكور، وهو ظاهر.

قوله: وقسمة الردّ الخ. قد مرّ التصريح به أيضاً فيما تقدم، وكأنّه يريد بالرضا الاوّل الرضا قبل القسمة، يعني انّ قسمة الردّ لابدّ فيه من الرضا، ولايمكن بالجبر، وقد مرّ التأمل فيه.

وبالرضا الثاني الرّضا بعد القسمة والتعديل واخراج القرعة، يعني الرّضا الاوّل معها لايكفي، بل لابدّ من الرّضا مرّة اخرى لما تقدم، أنّه عوض ومعاملة، فلابد من الرضا به، كما قيل، وقد قيّده البعض بكون القاسم غير نائب، وقد مرّ تفصيله، والتأمّل فيه، فتأمّل.

قوله: ولو ادّعى الغلط الخ. أي لو ادّعى احد الشركاء الغلط في القسمة، وانكره الآخرون، فعلى المدّعي البينة على ذلك، كما هو المقرّر، فان شهدت البيّنة له به تبطل القسمة، فتستأنف القسمة، او يصطلحون، وللمدّعي احلاف الباقين ايضاً، مع عدم الاشهاد على عدم علمهم الغلط، ان ادّعي عليهم العلم بذلك، وهو ظاهر، ولا يحلفوا الّا مع العلم بعدم العلم(٢)، وهو ايضاً ظاهر.

---

(١) في بعض النسخ: ميزت على الاقلّ.

(٢) في بعض النسخ المخطوطة: ولا يحلفوا الّا مع عدم تقدم العلم.

ولو ظهر استحقـاق البعض، بطلت، ان كان معيّناً مع احدهما او معهما، لابالسوّية او مشاعاً.

ولو كان معيّناً بالسّوية لم تبطل.

ولـو ظهر دين بـعد قسمة الوارث (الـورثة ـ خ) فان دفعوه، والاّ بطلت.

قوله: ولـو ظهر استـحقاق الـبعض الخ. أي ولو ظـهر كون بـعض المال المقسوم مال الغير تبطل القسمة، ويعطي ذلك إلى مستحقه، وتستأنف القسمة، او يصطلحون.

هذا ان (اذا ـ خ) كان المال المستحق مـعيّناً مع احد الشريكين فقط، او معهما ـلكن لابالسّويـة، بان يكون مقداراً منه قيمته أكثر ممّا عند الآخر بالنسبة الى سهامهما ـ وجهه ظاهر، او يكون عندهما مشاعاً.

وأمّا ان كان بالسّوية أي قسم ذلك المستحق المعيّن بينهما على مقتضى سـهامـهما، فلا تبطل الـقسمة، لأنّه اذا أعطى كل مال الـغير، يبقى الباقي متساوية فلا فضل لاحدهما على الآخر.

وايضاً كان اصل المال منقسـماً على مقتضى السهام، فوجود المستحق مثل عدمه.

ويحتمـل البطلان مطلـقا، لأنّه قـد علم أنّ ماحصـل للكـل، كان على غير وجه شرعي.

ويحتمل الصحة ايضاً مطلقاً، فيردّ على الآخر من عنده الزيادة ان امكن.

قولـه: ولو ظهر دين الـخ. يعني اذا ظـهر على الميّت دين بـعد قسمة الورثة الميراث، فان دفعوا الديـن ـوهو بالنسبة الى السّهام، فيعطى من اخذ نصف الارث نصف الديـن وصاحب الثمن الثمـن الى اهله ـ صحت القسمـة ولزمت، والابطـلت،

....

فيدفع الدين من اصل التركة، فيقسم الباقي، فلا يجوز التصرف قبل اداء الدين، ولا حكم لتلك القسمة حيث حكم ببطلانها، فتأمّل.

وهذا الكلام مشعر بانّ تصرّف الوارث في الميراث مع الدين ـ وان كان فاضلاً عنه ـ ماض ومتوقف لزومه على الأداء، لاأنّه يبطل، ولايصحّ(١)، والمسألة مشكلة، وسيجيء انشاءالله تعالى.



(١) في النسخة المطبوعة: هكذا: الاّ أنّه يبطل والاّ يصحّ.

«المقصد السادس في المضاربة»

قوله: المقصد السادس في المضاربة وهي جائزة من الطرفين الخ.

ترك هنا ايضاً تعريفها، كأنّه للظهور، ويقال للمضاربة القراض ايضاً.

قال في التذكرة: القراض عقد شرع لتجارة الانسان بمال غيره بحصّة من الرّبح، فاذا دفع الانسان الى غيره مالاً ليتجر فيه، فلا يخلو امّا ان يشترطا قدر الرّبح بينهما او لا، فان لم يشترطا، فالرّبح بأجمعه لصاحب المال، وعليه اجرة المثل للعامل، وان شرطا، فان جعلا جميع الرّبح للعامل كان المال قرضاً وديناً عليه، والرّبح والخسارة عليه، وان جعلا الرّبح بأجمعه للمالك كان بضاعة، وان جعل الرّبح بينهما فهو القراض الذي عقد الباب لأجله، ويسمّى المضاربة ايضاً والقراض لغة اهل الحجاز والمضاربة لغة اهل العراق، ثمّ ذكروجه اشتقاقه من القراض والضرب، هكذا ذكره في شرح الشرايع ايضاً.

وقوله: وعليه اجرة المثل للعامل محلّ التأمّل، اذ الاصل عدم لزوم الاجرة، وما ذكر من أنّه اذا استعمل شخص بعمل له اجرة عادة لمثل هذا الشخص يستحق به اجرة المثل حينئذ ـ ان ثبت ذلك، وكأنّ مانحن فيه من ذلك القبيل ـ يكون له اجرة المثل.

....

وبالجملة، اذا كان هناك مايفيد ذلك ، ـ ويدل عليه بحيث يكون نصّاً ومفيداً لذلك عرفاً غالباً ـ لزم اجرة المثل، والاّ فهو متبرّع لمامرّ.

وكذا قوله(١) كان المال (قرضاً وديناً) فانّ القرض يحتاج الى صيغة خاصّة، وله احكام خاصّة، والفرض عدم وجودها من المالك (وقصده وكذا من العامل ـ خ)فكيف يحكم بوجوده وترتّب احكامه عليه، ولانّ خروج المال عن ملك مالكه ودخوله في ملك آخر يحتاج الى ناقل، وماوجد الاّ نحو قوله: (اتجر فيه، ويكون الرّبح لك)، وغير معلوم كون هذا المقدار مملكاً، باعتبار ان كون الرّبح له فرع كون المال له، فكأنّه قال: المال لك بالعوض، فربحه لك ، لانّ الاكتفاء في خروج مال عن ملكه ودخوله في ملك آخر بمثله من غير ورود شرع به، مشكل.

على أنّه قد يكون العامل او القابل (القائل ـ خ) جاهلاً، لايعلم أنّه لايمكن كون المال باقياً على ملكه، وكون الرّبح للعامل، اذ قد يكون مقصوده اعطاء الرّبح للعامل بعد ان كان له.

وبالجملة، ان وجد دليل مفيد لنقل الملك مع العوض يكون قرضاً، والاّ فلا.

نعم لو تصرّف يكون المال ديناً في ذمّته.

ويحتمل ان يكون المراد بقوله: (كان المال قرضاً) هذا المقدار(٢) بقرينة قوله: (وديناً)، وهو بعيد، فتأمّل.

ثمّ انّ الظاهر ان لاخلاف بين المسلمين في جواز المضاربة نقله في التذكرة.

وتدلّ عليه الروايات، مثل رواية الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السّلام،

---

(١) يعني المصنف في التذكرة.

(٢) يعني ماقلناه بقولنا: نعم لو تصرّف الخ.

....

قال: المال الذي يعمل به مضاربة له من الرّبح، وليس عليه من الوضيعة شيء، الاّ أن يخالف أمر صاحب المال(١).

قال في التذكرة: أنّها صحيحة.

وفي الطريق محمّد بن عيسى، عن ابن أبي عمير، عن ابان، ويحيى(٢).

وفي محمّد بن عيسى كلام.

وهما مشتركان(٣)، والظاهر ان ابان هوابن عثمان، وفيه ايضاً كلام.

وصحيحه محمّد بن مسلم، عن احدهما عليهما السّلام، قال: **سألته** عن الرجل يعطى المال مضاربة، وينهى ان يخرج به فيخرج به (فخرج ـ خ)؟ قال: يضمن المال، والرّبح بينهما(٤).

وصحيحة الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السّلام، في الرّجل يعطى الرجل مالاً مضاربة فيخالف ماشرط عليه، قال: هو ضامن والرّبح بينهما(٥)، والروايات الدالّة عليه كثيرة جدّاً(٦).

ثمّ قال في التذكرة: اركانه خمسة، الاوّل العقد، لابد في هذه المعاملة من لفظ دالّ على الرّضا من المتعاقدين، اذالرّضا من الامور الباطنة التي لايطلع عليها الاّ الله تعالى، وهذه المعاملة مثل (وـ خ) غيرها من المعاملات يعتبر فيها الرّضا، للآية(٧)، فاللفظ الدالّ على الايجاب ان يقول ربُّ المال: ضاربتك او قارضتك او

---

(١) الوسائل الباب١ من ابواب المضاربة الرواية٤ (ج١٣ ص١٨١).

(٢) وسندها كما في التهذيب هكذا: احمد بن محمّد، عن محمّد بن عيسى، عن محمّد بن أبي عمير، عن ابان ويحيى، عن أبي المعزاء، عن الحلبي.

(٣) يعني ابان ويحيى.

(٤) الوسائل الباب ١ من ابواب المضاربة الرواية١.

(٥) الوسائل الباب ١ من ابواب المضاربة الرواية ٥.

(٦) راجع روايات الباب ١.

(٧) قال الله تعالى: الاّ أنْ تكون تجارة عن تراض (النساء ـ ٣٤).

....

عاملتك على ان يكون الرّبح بيننا نصفين او اثلا ثاً او غير ذلك من الأجزاء، بشرط تعيين الأكثر لمن هو منهما، والأقلّ كذلك، والقبول ان يقول العامل: قبلت او رضيت او غيرهما من الالفاظ الدالة على الرضا بالقبول، وكذا الايجاب لايختص لفظاً،فلو قال: خذه واتّجر به على انّ ماسهل(١) الله تعالى في ذلك من ربح وفائدة يكون بيننا على التّسوية او متفاوتاً ـ جاز.

ولابد من القبول على التواصل المعتبر في ساير العقود.

وهل يعتبر اللفظ؟ الأقرب العدم، فلوقال خذ هذه الدراهم، واتجر بها، على انّ الربح بيننا على كذا فأخذها واتجر، فالاقرب الاكتفاء به في صحة العقد، كالوكالة، ويكون قراضاً ـ الى قوله ـ: يجب التنجيز في العقد، فلا يجوز تعليقه على شرط او صفة، مثل اذا دخلت الدار او اذا جاء رأس الشهر فقد قارضتك وكذا لايجوز تعليق البيع ونحوه، لأنّ الاصل عصمة مال الغير(٢).

ولايخفى أنّ دليله لا يدل الّا على اعتبار مايدلّ على الرّضا، سواء كان لفظاً ام لا، ولهذا جوّز غير القول في القبول، مع أنّه لابد من رضا القابل ايضاً، لأنّه احد الطرفين، وقد اشترط التراضي في الآية(٣)، وأنّه لايشترط المقارنة للاصل وحصول التراضي الدالّ على الجواز، للآية(٤)، وصدق المضاربة، فيجرى فيه دليلها، ويدل عليه ايضاً عدم اشتراط القول في القبول عنده.

فقوله: (على التواصل المعتبر في سائر العقود) محلّ التأمّل، لعدم الدليل، ولأنّه مناف لعدم اعتبار القبول، الّا ان يقول أنّه لابد من التواصل، سواء كان بين لفظ الايجاب ولفظ القبول، او فعل دالّ على ذلك، مثل الأخذ بعد صيغة الايجاب

(١) في التذكرة: مهما سهل.

(٢) انتهى كلام التذكرة (ج٢ ص٢٢٩).

(٣) و (٤) وهو قوله تعالى: الا ان تكون تجارة عن تراض (النساء: ٣٤).

....

بلا فصل، وهو لايخلو عن بعد، ويأبى عنه قوله: (المعتبر في ساير العقود)، وقوله: (كالوكالة).

وايضاً دليله على اشتراط التنجيز لايخلو عن شيء، اذ ادلة جواز هذا العقد يخرج المال عن عصمة صاحبه (مع التعليق ايضاً ـ خ)، فانّه يصدق عليه عقد المضاربة المعرّفة، ويدلّ عليه ظاهر الآية، فانّه تجارة عن تراض، والدالّ على الرّضا موجود، ولأنّه يصدق على التجارة التي فعلها العامل بهذه المضاربة، مثل البيع والصّلح، فيدلّ دليل جوازهما على جوازه.

الّا ان يقال لادليل على المضاربة الّا الاجماع، ولا اجماع هنا، ولكن ذلك ممنوع (لما مرّ من الاخبار ـ خ)، او يقال: انّه اجماع على عدم جواز التعليق، لأنّه كالوكالة، بل وكالة، ويؤيّده ماسيجيئ في الثاني، وهو ايضاً ممنوع، فتأمّل.

ثم قال: الثاني المتعاقدان، وشرط كل واحد منهما البلوغ ـ الى قوله ـ والاصل فيه انّ القراض توكيل وتوكل في شيء خاصّ، وهو التجارة، فيعتبر في العامل والمالك مايعتبر في الوكيل والموكّل، ولا نعلم فيه خلافاً.

ثمّ قال: ولو قارض المريض في مرض موته صحّ، وكان للعامل ماشرطه له، سواء زاد عن اجرة المثل (مثل عمله ـ خ) او ساواه او نقص، ولايحتسب من الثلث لأنّ المحسوب من الثلث مايفوته المريض من ماله والرّبح ليس بحاصل حتّى يفوته، وانّما هو شيء متوقّع حصوله واذا حصل حصل بتصرفات العامل وكسبه ولو قارض(١) المريض في مرض موته (الموت ـ خ) وزاد الحاصل من اجرة المثل، فالاولى انّ الزيادة عن اجرة المثل يحسب من الثلث لانّ للنّماء وقتاً معلوماً ينتظر، وهي حاصلة من عين النخّل من غير عمل، فكانت كالشيء الحاصل، بخلاف ارباح

---

(١) وفي بعض النسخ: ولو ساقى بدل ولو قارض، وهو الصحيح كما في التذكرة.

....

التجارات التي تحصل من عمل العامل، وهذاأظهروجهي الشافعي (الشافعية ـ خ) والثاني أنّه لايحتسب من الثلث، لانّ وقت العقد لم تكن ثمرة وحصولها منسوب الى عمل العامل وتعهّده(١).

هذا مبني على كون منجزّات المريض من الثلث، وهو ظاهر، ولا يبعد عدم اعتبار الثلث فيها، لأنّ الاصل امضاء تصرف المالك في ماله وعدم حجره الّا ماثبت منعه، وماثبت الّا في المال الموجود على تقديره.

ويحتمل فيهما اعتباره ايضاً، لانّ التصرف في الحاصل منه هو التصرف في الموجود في الجملة، وايضاً تصرف فيه بالمنع عن الورثة، ولو كانت في ايديهم لامكن ان يحصّلوا بالتجارة اكثر ممّا حصله العامل.

ولأنّ فتح مثل هذا الباب قد ينجرّ الى محرومية الورثة اذ قد يجعله مضاربة او مساقاة ومزارعة بحصة كثيرة، بحيث لايكون حصّة الوارث الّا شيء قليل جدّاً، ويكون المال دائماً تحت يد الغير ينتفع به دونهم، فهو بمنزلة العدم.

وأنّه لايجوز انّ يجعله في يد الغير بحيث لاينتفعون به، فكذا هنا، لعدم الفرق معنى.

ولا يمكن ردّ الاوّل بأنّ القراض عقد جائز فيجوز ان يبطله الورثة، **أوأنّه** يبطل بموت المالك، اذ قد يكون واجباً(٢) بان يكون شرطاً في عقد لازم ونحوه.

ولكن الظاهر أنّه حينئذ ايضاً(٣) يبطل بالموت، فلا ينافي المحذور في المضاربة، بل في غيرها، فهو مؤيد لاعتبار الثلث فيه، كما هو أظهر وجهي الشافعية، الّا ان يقال ببطلانه بالموت ايضاً، فتأمّل.

(١) الى هنا كلام التذكرة (ج٢ ص٢٣٠).

(٢) يعني قد يكون القراض لازماً باشتراطه في عقد لازم.

(٣) يعني كون القراض واجباً باشتراطه في عقد لازم.

....

ثم قال: يجوز تعدّد المضارب (العامل ـ خ) ووحدة المالك، وبالعكس، واشتراط استقلالها، ومراجعة كل الى صاحبه او احدهما فقط، عملاً بالشرط، وأنّه لايجوز للعامل ان يضارب غيره، الّا باذن المالك.

والظاهر أنّ المراد أنّه حينئذٍ يكون المضارب هو الثاني مع المالك، والحصة بينهما، وكون المضارب (الاول ـ خ) وكيلاً في عقد المضاربة، لاأنّه يكون المضارب الاول مضارباً ايضاً بأخذ بعض الحصة ويعطى الثاني بعض الحصّة، لأنّ المضاربة لابدّ فيها من كون الموجب مالكاً للمال على ماقالوه، ولانّ الحصّة لم تحصل الّا بالعمل او باصل المال، ولا شيء له.

وقال أيضاً: يشترط أن يكون الدافع مالكاً او مأذوناً في الدّفع، بان يكون وكيلاً، فانّ هذا العقد يقبل الوكالة والنيابة، او وليّاً لطفل او مجنون، سواء كان حاكماً او امينه او الأب او الجدّ منه او الوصي، ولكن لابد من المصلحة الراجحة على بقاء المال في يدالولي، ومع ذلك فلا يسلّمه الّا الى امين، ودليله أنّه منصوب لمصلحته فيفعل مافيه المصلحة، وتدلّ عليه ايضاً الآية، مثل ولا تقربوا مال اليتيم إلّا بالتي هي احسن(١) واحسنوا(٢) وماعلى المحسنين من سبيل(٣) ونحوها.

واستدل المصنف في التذكرة عليه، بأنّه يجوز للولي ان يوكل عنهما في امورهما، فكذا يجوز ان يعامل على اموالهما قراضاً.

وانت خبير بان هذا قياس مع الفارق الظاهر، مع عدم ظهور الاتفاق في الاصل والدليل عليه، فتأمّل.

وأمّا رواية بكر بن حبيب، قال: قلت لابي جعفر عليه السّلام: رجل دفع مال يتيم مضاربة، فقال: ان كان ربح فلليتيم، وان كان وضيعة فالّذي أعطى

---

(١) الانعام: ١٥٢، والاسراء: ٣٤. (٢) البقرة: ١٩٢. (٣) التوبة: ٩١.

ضامن(١).

فأنّها تدلّ على عدم جواز المضاربة الحقيقيّة في مال اليتيم، وقد حملت على عدم كون الرّجل الدافع وليّاً، وفيه بعْدمّا بترك التفصيل، وهو يدلّ على العموم.

على أنّ بكر بن حبيب غير معلوم الحال، لانّه غير مذكور، الّا ان يكون ابن محمّد بن حبيب، فيكون صحيحاً.

وأنّه لامعنى حينئذٍ لكون الرّبح لليتيم، الّا ان يقال انّ المدفوع عليه اشترى بالعين للطفل، وقد جوّز الولي ذلك قبله وبعده على تقدير جواز الفضولى، فتأمّل.

قال في بحث الحجر، الضابط في تصرف المتولّى لاموال اليتامى والمجانين اعتبار الغبطة.

وقال ايضاً: واذا اتّجر لهم ينبغي ان يتجر في المواضع الآمنة ولايدفعه الّا لامين واجاب عن بضاعة عايشة مال اخيه محمّد في البحر، بأنّه قد يكون المراد ساحل البحر، او أنّها ضمنت الغرم على تقدير التلف(٢).

وهذايدل على جواز كون الوصّى امرأة بل فاسقة، وجواز البضاعة في المواضع الغير الآمنة بشرط الضمان، وانّه لايجوز في البحر، لانه غير مأمون.

وقال ايضاً: ويستحبّ له ذلك، (أي للوليّ دفع مال الطفل والمجنون الى من يضارب)، سواء كان الولى اباً او جدّاً له او وصيّاً او حاكماً او أمينه ـ الى قوله ـ ولا نعلم فيه خلافاً الّا ماروي عن الحسن البصري.

(١) الوسائل الباب١٠ من ابواب المضاربة الرواية١ كذا في التهذيب ولكن في الوسائل عن أبي عبدالله عليه السّلام، ج١٣ ص١٨٩.

(٢) قال في التذكرة: **مسألة** واذا اتجر لهم ينبغي ان يتجرفي المواضع الآمنة، ولا يدفعه الّا لامين ولايغرر بماله، وقد روى انّ عايشة أبضعت مال محمّد بن أبي بكر في البحر، ويحتمل ان يكون في موضع مأمون قريب من الساحل، او أنّها ضمنته ان هلك غرمته هي الخ (ج٢ص٨٠ كتاب الحجر).

....

قال: الثالث رأس المال، وله شروط، ثلاثة الاوّل ان يكون من النقد(١) دراهم ودنانير مضروبة منقوشة عند علمائنا ـ الى قوله ـ اذا ثبت هذا، فلو دفع اليه كرّاً من طعام مضاربة، فباعه واتّجر بثمنه فان القراض فاسد، وكان البيع والتجارة صحيحين بالأذن، والربح بأجمعه لصاحب المال، وعليه اجرة المثل للعامل لأنّه عمل على ان يكون شريكاً في الرّبح ولم يثبت له ذلك للفساد(٢) فيكون له اجرة المثل.

وهذا صريح في أنّ الاذن معتبر، وان كان في ضمن عقد فاسد، فاحفظه، وتأمّله.

ثمّ قال: الثاني ان يكون معلوماً، فلا يصحّ القراض على الجزاف، وكأنّه لاخلاف فيه ايضاً عند علمائنا، ولأنّه لابد من الرّجوع الى رأس المال ثمّ اخذ الرّبح، وحينئذ لايمكن، وقال ابوحنيفة، القول قول العامل مع يمينه ترجيح بلا مرجّح بل مرجوح.

ثمّ قال: الثالث ان يكون معيّناً، فلو احضر المالك العين، وقال للعامل: قارضتك على إحدى هاتين الألفين، او على أيّهما شئت لم تصحّ، لعدم التعيين ـ الى قوله ـ نعم يصحّ القراض بالمال المشاع، فلو كان له نصف الف مشاعاً، فقارض غيره على ذلك صحّ، لأنّه معيّن، وكذا لو كانت غائبة عنهما حال العقد، واشار المالك اليها بما يميّزها عن غيرها حالة العقد، صحّ، امّا لو قارضه على الف واطلق ثم احضر اليه، الفافى المجلس وعيّنها، فانّه لايصحّ الخ.

كأنّ دليل اشتراط الحضور ايضاً بالمعنى المذكور اجماعنا، فتأمّل.

قال في التذكرة: ولايجوز القراض على الدّيون، ولا نعلم فيه خلافاً ـ الى قوله ـ وعلى مارواه السكوني في الموثق، عن الصادق عليه السّلام قال: قال أمير

---

(١) في التذكرة: من النقدين.

(٢) في التذكرة: لفساد العقد ج٢ ص٢٣١.

....

المؤمنين عليه السّلام، في رجل له على رجل مال، فيتقاضاه، ولايكون عنده، فيقول: هو عندك مضاربة، قال: لايصلح حتى تقبضه منه(١).

وهي مرويّة في التهذيب، عن النوفلي، عن السكوني، وهماليسا بموثقين قيل في الاوّل أنّه غلافي آخر عمره، والثاني عامّي وفي السّند إبراهيم بن هاشم ايضاً(٢)، فتأمّل.

فلو لا الاجماع في اشتراط كونه غير دين لامكن القول بعدمه، وكذا في عدم التعيين، فيكون له اخذ إحدى الالفين اراد، وكذا في نحوهما فتأمّل.

ثمّ جوّز القراض على العاريـة والوديعة، بل المغصوب مع من تحت يده ومع غيره، بدليل استجماع الشرائط وعدم مانع.

ثمّ قال: الرّابع عمل العامل وهو عوض ربح رأس المال، وشرطه ان يكون تجارة، فلا يصحّ على الاعمال، كالطبيخ والخبز، وغيرهما ـ الى قوله ـ لو دفع اليه مالاً على ان يقارضه عليه وشرطه ان يشترى مثلاً حنطة ليطبخها (ليطحنها ـ خ) ـ الى قوله ـ لم يصح، لما تقدم من انّ الاسترباح بالقراض انّما هو بالتجارة لا بالصنعة والحرفة. امّا لو اشترى العامل هذه الاعيان، وعمل (فعل ـ خ) فيها هذه الصنايع من غير شرط، فانّه يصح، ولايخرج الدقيق ـ ولا الخبز ولا المطبوخ ولا الثوب المنسوج او المقصور او المصبوغ ـ عن كونه رأس مال القراض الخ.

وليس الحكم باشتراط اختصاص الاسترباح بالتجارة فقط ظاهراً، الاّ ان يكون اجماعياً، كما يفهم من كلامه، وليس بواضح، نعم الذي واضح أنّه لابدّ من التجارة، فشرط امثال ذلك ـ ليحصل به الاسترباح بالتجارة ـ لايخرجه عن

---

(١) الوسائل الباب ٥ من ابواب المضاربة الرواية ١ (ج١٣ ص١٨٧).

(٢) وسندها كما في التهذيب هكذا: علي بن إبراهيم عن أبيه، عن النوفلي، عن السكوني.

....

التجارة، فكما أنّه يصحّ بغير اشتراط، فيصحّ معه ايضاً، فهو بمنزلة ان يشترط نوع خاص للاسترباح، فتأمّل(١).

ثمّ قال: اذا اذن المالك للعامل في التصرف واطلق، اقتضى الاطلاق فعل مايتولاه المالك من عرض القماش على المشتري -الى قوله- لو خصص (خصّ -خ) المالك الاذن يخصّص، فلا يجوز للعامل التعدي، فان خالف ضمن، ولايبطل القراض بالتخصيص، فلو قال له: لا تشترِ الّا من رجل بعينه او سلعة بعينها، او لا تبع الّا على زيد او لا تشترِ الّا ثمرة بستان معيّن اونخلة بعينها، او لا تشترِ الّا ثوباً بعينه جاز ولزم هذا الشرط وصحّ القراض، سواء كان وجود ماعيّنه عاماً في الاصقاع والازمان اوفى احدهما، وسواء قلّ وجوده وعزّ تحصيله وكان نادراً أو كثر، عند علمائنا(٢).

مراده انّ القراض كما يصحّ عامّاً يصحّ خاصّاً ايضاً، ويلزم الشرط فلا يصحّ مخالفته، وان فعل يكون ضامناً، والمعاملة صحيح باصل الاذن، والرّبح بينهما، ويكون العامل ضامناً لرأس المال، فيكون عليه الخسران.

ويدلّ عليه اخبار كثيرة، منها ماتقدّم في اوّل الباب مثل صحيحتى الحلبي ومحمّد بن مسلم(٣) وغيرهما.

مثل صحيحة جميل، عن أبي عبدالله عليه السّلام، في رجل دفع الى رجل مالاً ليشتري (يشترى يب -ئل) به ضرباً من المتاع مضاربة، فذهب فاشترى به غير

---

(١) وفي عدة نسخ مخطوطة هكذا: نعم الذي واضح أنّه لابد من دخل التجارة نقداً (نقد -خ) مثال ذلك لما يتوقف (فلايتوقف -خ) عليه الاسترباح بالتجارة، فليس بمعلوم شرط نصفين، كما أنّه يصحّ بغير اشتراط، فهو بمنزلة ان يشترط نوع خاصّ للاسترباح (الاسترباح -خ) فتأمّل.

(٢) الى هنا كلام التذكرة (ج٢ ص٢٣٤).

(٣) الوسائل الباب ١ من ابواب المضاربة الرواية ٤ - ١.

....

الّذي امره، قال: هو ضامن، والرّبح بينهما على ماشرط(١) والرّوايات كثيرة، وهي اصحّها، وكأنّ (كأنه ـ خ) لاخلاف فيه.

وفيه اشكال، لأنّه قد مرّ مراراً أنّ القراض بمنزلة الوكالة، فاذا لم يكن (كان ـ خ).وكيلاً في شراء عين معيّنة كيف يصحّ ذلك، وكذا في الشراء في جهة معيّنة او عن شخص معين، وقد قال (قالوا ـ خ) في الوكالة لايصحّ ذلك، وكيف يستحق ربح عمل لم يكن ماذوناً فيه، ولم يقارض عليه، ويكون آثماً فيه ضامناً، فتأمّل.

ويمكن تأويل الرّوايات، بان يقال: المراد مع الرّضا بما فعل (وتجويزه ـ خ) مقارضة على تقدير جواز الفضولي، او محمولة على صورة يكون معلوماً انّ غرض المالك من الأمر الى جهة والبيع على شخص او شراء شيء معيّن والنّهي عن غير ذلك ـ صحة البيع مع الوقوع وبقاء القراض ـ الّا انّ ذلك غير الاولى، وماذكره اولى، او (و ـ خ) انّه حينئذ يكون ضامناً، فكأنه قال: قارضتك على النصف مطلقاً في جميع ماهو مصلحة القراض، ولكن لامنع في السّفر وعلى زيد مثلاً، ولايشترى المتاع الفلاني، بمعنى انّى ماأنا براض على كونه قراضاً مشروعاً باصل الشرع، وهو الذي يقتضي عدم الضمان، وكون القابض المضارب أميناً مقبولاً قوله مطلقا، بل مضارباً ضامناً هنا هذا مثل ماقيل ان الاجارة في الحج الافرادي مثلاً يجوز معها العدول الى غيره من التمتع، لاعتقاده أنّه افضل ولهذا عين، فتأمّل.

وكأنّ الاصحاب حملوا قول المالك، قارضتك الى آخره، ولا تبع من زيد مثلاً مطلقا محمولاً(٢) على ماقلناه، كما هو ظاهر الروايات.

---

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب المضاربة الرواية ٩.

(٢) هكذا في جميع النسخ، والصواب اسقاط كلمة (محمولاً).

....

وكأنّه غير بعيد، لانّ ظاهر قارضتك جواز القراض مطلقا، وعلى أي وجه كان، والمنع عن البيع على شخص معيّن لاينافي ذلك، لاحتمال كون النهي للضمان ولغرض آخر، مع صحة القراض على حاله، فانّه قد فهم جوازه وصحّته مطلقا، وعلى أي وجه كان، والمنع عن البيع على شخص معين، مثلاً لم يناف ذلك، بامرٍ، فيحكم بصحة العقد، مع العمل بالنّهي، والامر، بحيث لايبقى منافات اصلاً، كما قيل: ان النهي في المعاملات لايدلّ على الفساد، لعدم المنافات، لاحتمال كون الغرض من النهي محض الاثم، لاعدم صحة المعاملة ايضاً.

وهذا غاية مايمكن توجيه كلام الاصحاب والروايات، فلو لم تكن كثرة الروايات الصحيحة مع عملهم بظاهرها(١)، لامكن التصرف بغير هذا الوجه، بل بما تقدم، او (يحمل-خ) على انّ المراد بالرّبح في الروايات ربح اذا حصل فيما أمر، لافي المنهى عنه.

لكنّه بعيد في كثير منها بل في بعضها لايمكن.

مثل رواية ابي بصير، عن أبي عبدالله عليه السّلام، في الرّجل يعطى الرّجل مالاً مضاربة، وينهاه ان يخرج به الى ارض أخرى، فعصاه، فقال: هو له ضامن، والرّبح بينهما، اذا خالف شرطه وعصاه(٢).

وقريب منها مافي رواية الكناني، قال: سألت أبا عبدالله عليه السّلام، عن المضاربة يعطى الرجل المال يخرج به الى الارض، وينهى (نهى-خ) ان يخرج به الى ارض غيرها، فعصى فخرج به الى ارض اخرى؟ فقال: هو ضامن، فان سلم فربح (وربح-خ) فالرّبح بينهما(٣).

---

(١) وفي بعض النسخ بعد قوله: (الصحيحة) المحمولة على ماقالوهم بالاتفاق لأمكن الخ.

(٢) الوسائل الباب ١ من ابواب المضاربة الرواية ١٠.

(٣) الوسائل الباب ١ من ابواب المضاربة الرواية ٦ وفيه بعد قوله عليه السّلام (إلى ارض اخرى) ←

....

ولعلّ في الرواية (الروايات ـ خ) اشارة الى ماقلناه انّ المقصود صحة المضاربة عموماً أو (و ـ خ) الضمان في المخالفة.

مثل صحيحة رفاعة بن موسى، قال: سمعته، يقول: المضارب يقول لصاحبه ان انت ادنته (اديته ـ خ) او أكلته فانت له ضامن قال: فهو ضامن (يضمن) اذا خالفه(١).

فكأن المراد بمخالفته ماشرط مثل الاكل وغيره.

وكذا يشعر به ساير الروايات، مثل صحيحة الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السّلام، أنّه قال في المال الذي :يعمل به مضاربه له من الرّبح، وليس عليه من الوضيعة شيء، الّا ان يخالف امر صاحب المال (صاحبه ـ خ) فان اللعبّاس كان كثير المال، وكان يعطي الرّجال يعملون به مضاربة، ويشترط عليهم ان لاينزلوا بطن واد، ولا يشتروا ذاكبد رطبة، فان خالفت شيئاً ممّا أمرتك به، فانت ضامن المال (للمال ـ خ)(٢).

والاشعار غير خفي، وفي المتن شيء. وله الرّبح.

قال: (الركن ـ خ) الخامس في الربح، قال في التذكرة: وشروطه اربعة الاوّل اختصاصه بالمتعاقدين، فلو شرط بعض الرّبح لغيرهما لم يصحّ، سواء كان قريباً او بعيداً، كما لو قال على ان يكون لك ثلث الرّبح ولى الثلث ولزوجتي او لابنى الثلث الآخر او للاجنبي (لاجنبيّ ـ خ) الثلث الآخر، ويبطل القراض، لأنّه ليس بعامل ولامالك للمال امّا لو شرط عمل الثالث فانه يصحّ ويكون في الحقيقة

فعطب المال؟

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب المضاربة الرواية٨ وفيه: فهو له ضامن اذا خالف شرطه، ورواه في التهذيب كما في الوسائل ايضاً مسنداً عن رفاعة عن أبي عبدالله عليه السّلام.

(٢) الوسائل الباب ١ من ابواب المضاربة الرواية٧.

وهي جائزة من الطرفين، لكل منهما فسخه، وان كان بالمال عروض.

هنا عاملان لواحد(١).

كأنّه لاخلاف في ذلك.

ثمّ قال: الشرط الثاني ان يكون الرّبح مشتركاً بينهما، فلو شرط ان يكون جميع الرّبح للمالك، بان يقول: قارضتك على ان يكون جميع الرّبح لي فسد القراض، وبه قال الشافعي لمنافاة الشرط مقتضى القراض، فان مقتضاه الاشتراك في الرّبح لان اسحاق بن عمار سأل الكاظم عليه السّلام عن مال المضاربة قال: الرّبح بينهما والوضيعة على المال(٢).

الثالث(٣) ان تكون الحصة لكل منهما معلومة.

والرابع ان يكون العلم به من حيث الجزئية المشاعة كالنّصف او الثلث والكلّ ممّا لاخلاف فيه، ووجهه ظاهر، لانه مقتضى القراض المقرّر عندهم.

قوله: وهي جائزة من الطرفين الخ. اذ قد عرفت انّه وكالة وبعد حصول الرّبح يصير شركة، وهما جايزان.

والظاهران لاخلاف في عدم لزومها، فهي مختصّة من بين العقود بالجواز فيخصّص دليل لزومها بدليل جوازها، فلكل منهما فسخ العقد.

وان كان بالمال عروض، أي وان كان المال الذي يضاربه عروضاً غير النقد المسكوك الذي وقع العقد عليه.

وليس لصاحب المال تكليف المضارب بانضاض المال أي صيرورته مثل النقد الذي كان وليس له ايضاً ان يقول للمالك اصبرحتى ينضّ(٤) المال، وهوظاهر.

---

(١) الى هنا كلام التذكرة ج٢ ص٢٣٥.

(٢) الوسائل الباب ٣ من ابواب المضاربة الرواية ٥.

(٣) يعني الشرط الثالث.

(٤) في بعض النسخ: حتى أن ينضّ.

ولا يلزم الاجل، ويثمر المنع.

ولا يتعدى العامل المأذون، فيضمن لو خالف، أو أخذ مايعجز عنه، او مزج المال بغيره بغير اذن.

قوله: ولا يلزم الاجل الخ. أي لو قال: ضاربتك سنة، لايلزم هذا العقد مدّة الاجل، بل يصحّ فسخه قبله، كما في غير المؤجّل.

وفائدة ذكر الأجل عدم جواز التصرف والعقد بعد الأجل، وهو فائدة ذكر الأجل فيثمر الأجل في المنع، أي منع التصرف بعد المدّة.

قوله: ولا يتعدّي العامل الخ. يعني أنّ المضاربة بمنزلة الوكالة، فلا يجوز التعدي عمّا عيّن المالك، واذن فيه، فيضمن لو خالف، لانّه خرج عن الأمانة، بل صار غاصباً، ويده يد عاد.

وكذا لو أخذ بالمضاربة مالاً كثيراً يعجز عن اعماله ومضاربته وحفظه، على ماهو مقتضى الشرع والعرف مع جهل المالك وأمّا مع علمه فكان مجوّزاً له التفويت، فلا يكون القابض متعدّياً وضامناً.

وعلى تقدير الضمان يحتمل ان يكون ضامناً للجميع، كما هو ظاهر العبارات، لانّ وضع يده حينئذٍ على الجميع غير مشروع وقدر(١) الزيادة التي لم يقدر على حفظه فقط.

والاصل يقتضي ذلك مع منع عدم مشروعيّة وضع اليد على الجميع وان عدم القدرة انّما هو على تلك فقط، فلا يتعدّى المنع الى غيرها.

ويمكن ان يقال: ان كان الكل بعقد واحد فلا فرق، لانّ وضع اليد حينئذٍ على الكل ممنوع، فيكون ضامناً له.

وان كان بعقدين (بغيره ـ خ) فصاعداً، فيبطل العقد الآخر المشتمل على

---

(١) عطف على قوله: للجميع.

ولا يؤثر في الاستحقاق.

واذا اطلق تولّى مايتولّاه المالك، من عرض القماش ونشره وطيّه واحرازه وقبض الثمن.

الزيادة، الّا ان يمزج فيضمن الكلّ، من جهة المزج وعدم القدرة.

ولافرق بين الاخذ بالتدريج وعدمه بعد اتحاد العقد، وان وضع اليد على الكلّ مع التعدّد يوجب(١) ضمان الكلّ والترجيح لضمان الثاني ظاهر.

فقول الشهيد الثاني في شرح الشرايع محلّ التأمّل. وكذا يضمن لو مزج مال القراض بغيره من غير اذن المالك، وهو ظاهر.

قوله: ولا يؤثر في الاستحقاق الخ. لايؤثر تعدّي العامل عمّا شرع له وجوّز، سواء كان بالتعدّي عن المأذون، او اخذ مايعجز، او المزج مطلقاً، في استحقاق المالك الرّبح فقط، وعدم استحقاق المضارب الرّبح، بل يربح ويصير ضامناً.

وهو اشارة الى القصد وتفصيل ما قدّمناه في بيان شرط العمل، فتأمّل.

فان القول بعدم جواز التعدّي ولزوم الشرط وتحريم التجاوز عمّا (ممّا ـ خ) عيّنه المالك وصيرورته مضاربة خاصّة ـ كما صرّح به في التذكرة وشرح الشرايع وغيرهما ـ لايجتمع مع صحّة العقد في صورة التعدي المفهوم من كون الرّبح بينهما، فهو مشكل جدّاً.

ولكن هو مفهوم الروايات الصحيحة الكثيرة، وغير معلوم الخلاف فيه (عنه ـ خ) فلابدّ من التأويل، وقد أوّلنا تأويلات، فتذكر وتأمّل.

قوله: واذا اطلق تولّى الخ. قد عرفت أنّها بمنزلة الوكالة المطلقة، فيعمل بمقتضاها، ولايخرج عن العرف.

---

(١) في بعض النسخ المخطوطة: هكذا: ومجرد وضع اليد على الكل مع التعدّد لايوجب ضمان الكل.

واستيجار ماجرت العادة له، ولو عمله بنفسه لم يستحق اجرة.
كما أنّه يضمن الأجرة لو استأجر للأوّل.
ويبتاع المعيب، ويردُّ به، ويأخذ الارش مع الغبطة.
والاطلاق يقتضى البيع نقداً بثمن المثل من نقد البلد.

ولاشك أنّ اطلاق العقد يقتضي جواز عرض القماش ونشره وطيّه(١) وحفظه وقبض الثمن، فانّه هنا مخالف للوكالة في البيع فقط من غير قرينة، فان كون العقد قراضاً قرينة على الاذن في القبض بل صريح في ذلك، كما أنّه صريح في البيع، لأنّ التجارة ـ من غير القبض والتسليم ـ غير ممكن عادة، وهو ظاهر.

قوله: واستيجار ماجرت العادة له الخ(٢). دليله العادة، وصرف العقد اليها، ولكن لو لم يستأجر وعمل بنفسه ماله ان يستأجر (له ـ خ) عادة لم يستحق الاجرة، لانه خلاف العرف والعادة، كما انه لو استاجر للامور التي جرت العادة بفعله بنفسه التي ذكرت اولا، مثل عرض القماش، لم يكن من مال القراض، بل يكون هو ضامناً للاجرة.

ويبتاع المعيب الخ. يعني يجوز له شراء العيب، بخلاف الوكيل في الشراء فقط، فانّه ينصرف الى الصحيح عرفا، اذ **الغرض** تحصيل المبيع (البيع ـ خ) غالباً (و ـ خ) على الظاهر، وفي المضاربة الغرض تحصيل الربح، وقد يكون الرّبح (ذلك ـ خ ل) في شراء المعيب، وله ايضاً ان يردّ المعيب، او يأخذ الارش في صورة جوازهما مع الغبطة في ذلك أي المصلحة.

وبالجملة، هومنصوب لمصلحة الرّبح، وهومأذون في ذلك، مع مراعات المصلحة.

قوله: والاطلاق يقتضي البيع الخ. اذا اطلق له العقد مضاربة، له ان

---

(١) في بعض النسخ المخطوطة: (وصله) بدل (طيّه).

(٢) في بعض النسخ واستيجار ماجرت به العادة.

والشراء بالعين، فيقف على الاجازة لو خالف.

يبيع بالنقد، لابالنسيئة، فانّه بمنزلة الوكالة، وأنّه لا مصلحة في النسيئة، لاحتمال حوادث الزّمان وتلف المال، فما لم يصرّح به لم يجز له وضع ماله في معرض التلف، وان كان عدم كونه مثل الوكالة في جميع الاحكام، كماتقدّم، وكون المقصود هنا هو الرّبح يقتضي جوازالنسيئة، اذا كان الرّبح فيه مع المصلحة، الاّ أنّه لما كان في معرض التلف، قالوا لا مصلحة فيه، فتأمّل فيه.

وكذا لابد من كونه بثمن المثل، وهوظاهر، فانّه لايجوز البيع باقلّ من ثمنه، كما هو للوكيل ايضاً.

ولكن يمكن ان كان ممّا يتسامح به، يجوز، خصوصاً في المضاربة،اذا اقتضته المصلحة، بان يباع ويشترى حينئذٍ مايمكن ان يبيع بالرّبح الكثير.

وقد يتخيّل جواز بيعه باقلّ من ثمن المثل زائداً على القدر الذي يتسامح عادة لتحصيل (ليحصل-خ) مثل هذا الغرض، للعلم بانّ المقصود تحصيل الرّبح ورعاية المصلحة، وهومع البيع كذلك فرضاً، وكذا الكلام في نقد البلد الذي جاز البيع فيه.

وقد قوى في شرح الشرايع جواز العقد بغير نقد البلد مع المصلحة، واظنّ مع النسية ايضاً ينبغي، بل بغير ثمن المثل معها، لمامرّ، ولا يضرّ احتمال التلف في النسية، فتأمّل.

وكذا الظاهر الجواز بالعروض قال في التذكرة: في الحقيقة انّ المضاربة نوع وكالة، وان كان له ان يتصرف في نوع ممّا ليس للوكيل التصرفّ فيه تحصيلاً للفائدة، فانّ له ان يبيع بالعروض، كما له ان يبيع بالنقد، بخلاف الوكيل فان تصرّفه في البيع انما هو بالنقد، وقرّبه ايضاً في القواعد، بعد التردّد، فتأمّل.

قوله: والشّراء بالعين الخ. لأنّها المال المضارب به، والموكّل في المعاملة (المقابلة-خ) به، فانّه ليس بوكيل بان يشتري له شيئاً ويبيع، بل يشتري هذه

ولو اشترى في الذمة ولم يضف، وقع له.

وتبطل بالموت منهما، والخروج عن اهليّة التصرّف.

الاعيان(١) وان حصل ربح يشترك معه، فلو اشترى في ذمة المالك وقف على الاجازة، لأنه ليس بوكيل فيه، فيكون فضوليّاً؛ فعلى تقدير جواز الفضولي يكون موقوفاً، والّا يكون باطلاً.

ويحتمل أنّه لما صار في العرف أن يشتروا شيئاً، ويقصدوا الأداء من مال بعينه، فكأنّ عقد المضاربة اقتضى تلك الوكالة ايضاً، فإمّا ان يشتري بالعين، او في الذمّة بمعنى ان يقصد الآن ادائه من مال المضاربة، فتأمّل.

اذقدلايفهم ويتلف قبل الاداء لمانع غير اختياري او اختياري فيشغل ذمة المالك ويحصل عليه الضرر.

قوله: ولواشترى في الذمّة الخ. أي لو اشترى المضارب شيئاً في الذمّة، لا بالعين المضارب بها، ولم يضف العقد لا إلى نفسه، ولا الى المالك وقع الشراء له بحسب الظاهر، بل الباطن ايضاً، الّا أن يكون قاصداً غير ذلك، فيعمل بمقتضاه بحسب نفس الأمر، وان عمل معه بحسب الظاهر، وان اضاف الى نفسه فهو له، وان اضاف الى المالك، فيكون موقوفاً على الفضولي وباطلاً على (في-خ) غيره.

قوله: وتبطل بالموت الخ. يعني أنّه قد علم أنّه توكيل، فيبطل بموت كل منهما، كالوكالة، ولأنّ بالموت يخرج المال عن ملك المالك، ويصير للورثة، فلا يجوز التصرف بالاذن الذي كان من (في-خ) المورّث، بل لابدّ من اذن الوارث.

ولأنّ المأذون له(٢) كان المضارب لاوارثه، فلا يجوز التصرف لغيره الّا باذن جديد، وهو معنى بطلان القراض، فيقتسمون الرّبح ان كان، ويتصرّف من

---

(١) في عدّة من النسخ، بل يبيع هذه الاعيان ولعلّ الصواب: بل يشتري بهذه الاعيان.

(٢) يعني عند موت المضارب.

وينفق في السّفر كمال النّفقة من الاصل، ويقسط لو ضمّ.

حصل له الاذن من المالك.

قوله: وينفق في السفر الخ. أي يخرج العامل جميع نفقة المحتاج اليها في السفر الذي يسافر فيه للتجارة، مادام كونه في السفر (للتجارة ـ خ)، سواء كان مقيماً في بلد اقامة عشرة لها ام مسافراً لها في الطرق، وسواء كانت التجارة الى سفر قريب دون المسافة ويكون سفراً عرفيا او لغوياً لاشرعياً (او بعيداً ـ خ) وسواء كانت زائدة على نفقة حضره او ناقصة او مساوياً وجميع مايحتاج اليه من الأكل والشرب لنفسه ودوابه وعمّاله وآلة ملك حتى القرب والجواليق (لها ـ خ) داخلة فيها.

الاّ أنّه بعد انتهاء السّفر يكون من المال، والنفقة تخرج من المال، فان كانت (كان ـ خ) بغيرها شيئاً(١) من الرّبح يقسّم والاّ فلا وسواء حصل ربح ام لا فيكون حينئذٍ كلّها من (عن ـ خ) اصل رأس المال.

ولكن مؤنة موته ومرضه تكون من نفس ماله، اذ لادخل للسفر فيه، الاّ أن يكون معلوماً أنّه لو كان في بلده لم يكن يمرض او مؤنة مرضه يكون في الحضر وبلده او خص، فيمكن حينئذٍ احتساب الزيادة من مال المضاربة، وسواء شرط كون النفقة من الاصل او اطلق، وفائدة الشرط حينئذٍ التأكيد والخروج من الخلاف، فانّه قيل نفقته مطلقا منه خاصّة(٢).

وقيل الزائد على الحضر(٣) من رأس المال والمشترك على نفسه، لانّ الزيادة هي الحاصلة بالسّفر، اذ لو كان هو في بيته (نفسه ـ خ) لكان له نفقة ماله.

والمشهور هو الاوّل، ويدلّ عليه صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى

---

(١) هكذا في جميع النسخ، والصواب شيء بالضمّ لابالفتح.

(٢) في بعض النسخ من خاصّة نفسه.

(٣) هكذا في نسخة واحدة وفي اكثر النسخ (على السّفر) والصواب ماأثبتناه.

ولا يصحّ الّا بالأثمان الموجودة المعلومة القدر المعيّنة.

عليهما السّلام، قال: في المضارب (المضاربة - خ) ما انفق في سفره فهو من جميع المال، فاذا قدم بلده فما انفق فمن نصيبه(١).

وما للعموم فلا وجه للثّاني، والثّالث لايخلوعن وجه(٢) لكن يردّه الرواية، على أنّه وان كان له نفقة من ماله، الّا أنّه حينئذٍ عمل للمالك، فكأنّه كالأجير له، ونفقته على المستأجر، مع اقتضاء العادة، مع أنّه لولم يكن أجيراً له لكان نفقته في ماله.

وبالجملة ليس دليل(٣) خصوصاً مع معارضته بالشّهرة، والرواية المعمولة (قيل - خ) الصحيحة، مع عدم ظهور الخطأ.

نعم لو شرط سقوط النفقة وكونها (يكون - خ) لنفسه يتبع، للشرط، وتخصيص من الرواية، لدليل، ويسقط النفقة على المال الذي يسافر به.

فان كان بعضه له وبعضه لغيره على النّصف، فالنفقة كذلك، وكذلك ان كان لاثنين غيره، وهكذا.

قوله: ولايصحّ(٤) بالاثمان الموجودة الخ. قد مرّ هذا الشرط، وساير الشروط مفصّلاً.

وقد يفهم اجماعنا في التذكرة على عدم جواز غير النقد المضروب، حيث قال: الاوّل ان يكون من النقدين دراهم ودنانير مضروبة (مضبوطة - خ) ومنقوشة، عند علمائنا(٥) فان كان مثل هذا صحيحاً (كماهو - خ ل) فلا اشكال في النقرة

(١) الوسائل الباب ٦ من ابواب المضاربة الرواية١.

(٢) في عدّة من النسخ: ولا وجه للثالث والثاني لايخلو عن وجه، والصواب ماأثبتناه.

(٣) في بعض النسخ: ليس ذلك دليلاً.

(٤) هكذا في جميع النسخ، والصحيح، ولا يصح الآ بالا ثمان الموجودة، كما في المتن.

(٥) الى هنا كلام التذكرة.

ولو (وان ـ خ ل) كانت مشاعة، فلو قارضه بأحد الالفين او بالعروض او بالمشاهد المجهول

والّا فاشكال(١).

بل ينبغي عدم الاشكال في الجواز، لعموم ادلّة القراض (مثل اوفوا، والمسلمون عند شروطهم ـ خ) وتسلط النّاس على اموالهم، ولايضرّ عدم الاجماع، وكون القراض على خلاف الاصل، ان سلّم، فتأمّل.

وكذا علم الجواز بالمال المشاع مع بقاء الشرائط، لعموم الأدلة، وحصول الشرائط، وعدم المانع، سواء كان المضارب هو الشريك او غيره.

ودليل (وانّ ـ خ) عدم الجواز بأحد الالفين مثلاً كأنّه الاجماع والجهالة في الجملة.

ولكن كونه مضرّاً غير ظاهر، وعموم الادلة يفيد الجواز.

(وانّ ـ خ) دليل عدم جوازه بالعروض، كأنّه الاجماع المفهوم من عبارة التذكرة المتقدمة. وامّا دليل عدم الجواز بالمشاهدالمجهول، كأنّه الجهل(٢) ونقل عن الشيخ قولاً بالجواز وأنّه مع الاختلاف وعدم البيّنة القول قول العامل مع اليمين.

بل نقل(٣) عنه قولاً بالجواز في الجزاف، وان لم يكن مشاهداً وأنّه قوّاه في

---

(١) معنى العبارة: فان كان الاجماع المدّعى في التذكرة صحيحاً، فلااشكال في عدم صحة المضاربة في النقرة وان لم يثبت الاجماع فاشكال، ووجه الاشكال ماذكره في المسالك ـعند قول المصنف: وفي القراض بالنقرة تردّدـ وهذا لفظه: ومنشأ التردّد فيها من عدم كونها دراهم ودنانير الّذين هما موضع الوفاق،ومن مساواتها له في المعنى، حيث انّها من النقدين، وانّما فاتها النقش ونحوه، وانضباط قيمتها بهما، واصالة الجواز **انتهى**.

(٢) وفي بعض النسخ هكذا: وشارح الشرايع نقل عن الشيخ قولاً بالجواز، وهذا النقل موجود في المسالك، فراجع.

(٣) قال في المسالك: وحكى في المختلف عن الشيخ القول بجواز المضاربة بالجزاف، من غير تقييد بالمشاهدة، وقوّاه في المختلف.

او بالفلوس او بالنقرة(١) على اشكال، او بالمغشوشة او بالدّين وان كان على العامل، او بثمن مايبيعه ـ، لم يصحّ.

ويصحّ بالمغصوب، ويبرأ بالتسليم الى البايع.

المختلف محتجاً بالاصل، وبأنّ المؤمنين عند شروطهم(٢).

فاذ لااجماع ولا دليلاً واضحاً على المنع، فالقول به لعموم الادلة غير بعيد، وان كان خلاف المشهور، والاحوط (العلم و ـ خ) التعيين.

وكأنّ دليل عدم الجواز بالفلوس هو الاجماع، فانّه عروض اذالمراد به (بها ـ خ) غير النقدين المنقوشين المتقوم بهما.

قال في التذكرة: وامّا الفلوس فلايجوز القراض بها عندنا، جزم هنا بعدم الجواز على النقرة، محتجاً بانّها والتبر مقومّان(٣) وفي الكبرى منع.

وأمّا المغشوشة فالظاهر أن لامانع من الجواز فيها، لماتقدّم، وعدم صلاحيّة الغشّ للمانعية، الّا ان يكون غير معلوم، ولا يعامل بها و حينئذٍ لايجوز لذلك.

وأمّا عدم الجواز بالدّين فدليله، كأنّه الاجماع.

قال في التذكرة: ولايجوز القراض بالدّين، ولا نعلم فيه خلافاً، ولا فرق في ذلك بين كونه في ذمّة العامل وغيره، لأنّه غير متعيّن مملوكاً لصاحبه، لأنّ في ذمّة العامل أمر كلّي غير متعيّن من امواله (وقد مرّت رواية السكوني(٤) الدالة على المنع ومافيهافتذكر ـخ)، ومنه يعلم عدم الجواز بثمن المبيع بالطريق الأولى، لجهالة الثمن ايضاً.

قوله: ويصحّ بالمغصوب الخ. أي يصحّ القراض بالمال المغصوب لمالكه على الغاصب وغيره، اذا كان موجوداً معيّناً حاضراً، لحصول الشرايط، وعدم المانع

---

(١) اى القطعة المذابة من الذهب والفضة، كذا في هامش بعض النسخ المخطوطة.

(٢) راجع الوسائل باب ٢٠ من ابواب المهورحديث٤ ج١٥ ص٣٠.

(٣) يعني يقوّمان النقرة والتبر بالنقدين.

(٤) الوسائل الباب ٥ من ابواب المضاربة الرواية١ (ج١٣ ص١٨٧).

والعامل امين.

ويقبل (يقدّم ـ خ) قوله في التلف، وعدم التفريط، والخسارة، وقدر رأس المال، والربح، ولا يضمن الّا مع التفريط، وقول المالك في عدم الردّ والحصة.

ويشترط في الربح الشّياع.

فيجري فيه عموم الأدلة.

قال في التذكرة، صحّ عندنا لاستجماع شرائط الصحّة، فيشعر بالاجماع.

ثمّ انّ الظاهر أنه ان كان المضارب هو الغاصب، فيبرء ذمّته من الغصب بالعقد.

ويحتمل ان لا يبرأ الّا بالتسليم الى بايع المتاع، فتأمّل.

رجحّ الاوّل في التذكرة بانّ سبب الغصب والضمان هو التعدي، وقد زال بالعقد، فتأمّل.

واختار في المتن الثاني، للاستصحاب، وعلى اليد ما اخذت(١) وليس مجرد العقد تسليماً، ويبرأ ذمّته اذ لامنافاة، فتأمّل.

وأمّا اذا كان غيره، فالتسليم الى العامل باذن المالك.

قوله: والعامل امين الخ. قد مرّ تفسيره، ودليله واضح.

ويتفرع عليه جميع ماذكره ـ الى قوله ـ وقول المالك في عدم الردّ والحصّة، لأنّ الاصل عدم الردّ وبقائه بيد العامل، ولأنّ الحصّة من الربح نماء مال المالك، والاصل كونه له تابعاً للاصل حتّى يتحقق (خلافه ـ خ)، فالعامل مدّع فعليه البيّنة، فالقول قول المالك مع اليمين، وهو ظاهر.

قوله: ويشترط في الربح الشياع. أي كون كل جزء جزء مشتركاً، وقد

---

(١) سنن أبي داود ج٣ باب في تضمين العارية ص٢٩٦، العوالي ج٣ ص٢٤٦ و٢٥١ وراجع حاشيتها.

فلو شرط اخراج معيّن من الرّبح، والباقي للشركة، بطل.

وتعيين حصة العامل.

ولو قال: الربح بيننا فهو تنصيف.

مرّ دليله، وهو انّ غير الشياع خارج عن مقتضى المضاربة.

وكأنه لاخلاف في هذا الشرط، وكونه داخلاً في مفهوم المضاربة.

ويتفرّع عليه قوله: (فلوشرط الخ)، وهو ظاهر، ولأنّه قد لايحصل الّا ذلك، فلا يبقى للآخر شيء، والاتفاق على البطلان حينئذٍ.

وكذا يبطل لوجعل الرّبح للعامل فقط، أي لم تكن مضاربة صحيحة، بل مضاربة باطلة، فيكون له اجرة المثل، والرّبح للمالك، او يكون قرضاً فيكون الرّبح له، فان قصد شيئاً منهما، وعلم يتبع، والّا فان قال: خذه قراضاً والرّبح لك، يحتمل ان يكون قراضاً باطلاً وقرضا(١)، وان قال: خذه والربح لك، بغير لفظة قراض، يكون قرضاً، هكذا يفهم من كلامهم.

والظاهر أنّه لا ضمان، ولايكون الرّبح له ولا للمالك، بل يكون الشراء فاسداً او موقوفاً، فتأمّل.

وان قال: والرّبح لي فهل يكون قراضاً او بضاعة؟ الظاهر أنّه بضاعة مطلقا، وليس للعامل اجرة، لأنّه متبرّع، وهو ظاهر، وقد فصل فيه التفصيل المتقدم، فتأمّل.

قوله: وتعيين حصّة العامل الخ. قدمرّ دليله ايضاً، وهو الجهل الموجب للبطلان (لولاه ـ خ) فكأنّه لاخلاف فيه ايضاً.

قوله: ولوقال: الرّبح بيننا الخ. كون مقتضى ذلك كون الرّبح على النصف، هو الظاهر، لانّ الظاهر ان معنى جميع ماربح يكون بيننا، فاذا كان كل

---

(١) يعني ويحتمل ان يكون قرضاً.

ولو شرط حصّة لغلامه صحّ، وان لم يعمل.

ويشترط في الاجنبي العمل، ولو قال: لكما نصف الرّبح تساويا.

جزء بينهما، فيلزم المناصفة، وكأنّ هذا ممّا لاخلاف فيه، كما قالوا في الوصيّة، اذا قال الموصي: هذا لهما، ونحو ذلك.

قوله: ولو شرط حصّة الخ. لو شرط المالك حصّة من الرّبح له ـ وحصّة لغلامه، وان لم يعمل هو اصلاً، بل العامل فقط، وحصّة اخرى للمضارب مشاعاً ـ صحّ، ولزم، للاصل، وعموم ادلّة هذا العقد، مثل المسلمون عند شروطهم(١) مع عدم المانع، اذ ليس الّا كون الحصّة لغلامه مع عدم العمل، فيلزم اخذ حصّة من غير مال ولا عمل، وهو باطل اجماعاً، ولهذا لم يصحّ جعل حصة لاجنبي بلا عمل، ومع العمل يرجع الى كون العامل اثنين.

وهو لايصحّ للمانعية، لانّ حصّة الغلام هو حصة للمالك ايضاً، كأنه جعل للمالك حصّته وحصة غلامه (لغلامه ـ خ)، والباقي للعامل، فانّ مالغلامه المملوك له.

وهذا ـ على تقدير القول بعدم تملك المملوك اصلاً ـ ظاهر، وكذا مع جواز تملكه في الجملة، فانّه لايملك الّا مع تمليك، او فاضل الضريبة ونحوهما (نحوها ـ خ) وليس هذامنهما، وان قيل انّه يملك بجميع اسبابه مثل الحرّ، فهوكالاجنبي الخ الّا ان يكون مقصود المشترط كونه له لاللغلام، وان تملك، ويشكل ملكيّة الغلام الحصّة مع كون عمله لمالكه وكون الحصة عوض العمل، فتأمّل.

والظاهر انّه كذلك لو شرط حصّة لغلام العامل أيضاً، لعين مامرّ.

قوله: ويشترط في الاجنبي العمل الخ. يعني اذا جعل حصّة لغير مملوك

---

(١) راجع الوسائل باب٦من ابواب الخيارج١٢ص٣٥٢.

....

المالك والعامل، لابدّ من اشتراط عمل له حتى يستحق بذلك الحصّة، اذ لا مال له.

ولا فرق في ذلك عندنا بين كونه قريباً مثل الزوجة والولد والوالد، او بعيداً، ومع اشتراط العمل يكون راجعاً الى العاملين، فلابد من تعيين العمل والحصة لهما.

ولو قال للعاملين: لكم (لكما ـ خ) النصف ولي النصف، يكون لكل واحد الرّبع، وهو ظاهر، سواء تساويا في العمل او تفاضلا.

ويجوز التفاضل مع تساوي العمل وتفاضل (وان كان ـ خ) على عكس تفاضل الربح، للعموم، وعدم المانع، ولانّه يرجع الى اشتراط حصّة كثيرة لعمل قليل، وبالعكس، وهو جايز مع التراضي.

فلو لم يشترط عليه العمل، مع اشتراط الحصّة له يكون قراضاً باطلاً.

ويحتمل الصحة و(١) عدم اشتراط العمل، بعموم الادلة، ولا مانع في الشرع والعقل من اخذ (احد ـ خ) حصّة من الرّبح بلا عمل ومال، كما في أخذ الغلام مع القول بتملكه فانّ عمله للمالك ويأخذ الحصة لنفسه ويحتمل ان يرجع الى كونها ايضاً للمالك، لأنّه نماء ماله (وهوله ـ خ).

وهو خلاف الشرط، ولأنّه قد لايحصل الّا ذلك، فلا يبقى للآخر شيء.

وكذا يبطل(٢) لو جعل الرّبح للعامل فقط ـ أي لم يكن مضاربة باطلة ـ فيكون له اجرة المثل والرّبح للمالك، او يكون قرضاً فيكون الرّبح له.

فان قصد(٣) شيئاً منها، وعلم يتّبع، والّا فان قال: خذه قراضاً، والرّبح

---

(١) الواو بمعنى مع.

(٢) يعني يبطل شرط جعل الرّبح للعامل.

(٣) يعني قصد المالك.

ويملك العامل حصته بالظهور.

لك، يحتمل ان يكون قراضاً باطلاً، و(١) قرضاً.

فان قال: خذه، بغير لفظة (قراضاً) يكون قرضاً، هذا ظاهر كلامهم.

والظاهر أنّه لاضمان، ويكون الرّبح له لا للمالك، بل يكون الشراء فاسداً وموقوفاً، الّا ان قصد الاذن الشراء(بالشراء ـ خ) لنفسه، ومافهم عدم صيرورة الربح اذا قصد تصرّفه، لنفسه، فتأمّل.

وان قال: والرّبح لي(٢) فهل يكون قراضاً او بضاعة؟ الظاهر أنّه بضاعة مطلقاً ايضاً، وليس للعامل اجرة، لأنّه متبرّع، وهو ظاهر، وقد فصّلوا فيه التفصيل المتقدم (المقدّم ـ خ) فتأمّل.

قوله: ويملك العامل حصّته بالظهور الخ. أي بظهور الرّبح، فان المشروط(٣) له شيء من الرّبح، وقد ظهر، فملكه للشرط، من غير مانع، وهو مقتضى ادلة القراض، فتأمّل.

الّا أنّ لزومه يكون موقوفاً على سلامة رأس المال، حتى ينضّ (قبض ـ خ) المال و (او ـ خ) يسلّم الى المالك.

كأنّه اشارة الى ردّ من قال: يملك بعد القسمة او النضّ(٤)، والأوّل أولى، لعموم ادلّة القراض، ولا يملك غير موجود، لأنّ ماقابل الرّبح من عين السلعة موجود(٥) وحصّته فيه (منه ـ خ) مملوك له، ويؤيّده الشهرة.

قال في شرح الشرايع، هذا هو المشهور، بل لايكاد يتحقّق فيه مخالف، ولانقل في كتب الخلاف عن احد من اصحابنا مخالفة(٦)

---

(١) يعني ويحتمل ان يكون قرضاً.

(٢) يعني ان قال: خذه والرّبح لي.

(٣) ولعلّ الصواب، فان للمشروط له شيء الخ.

(٤) وفي بعض النسخ، وبعد النقض.

(٥) وفي بعض النسخ هكذا: لانّ غير ماقابل رأس المال من السلعة موجود.

(٦) في المسالك، مايخالفه بدل (مخالفة).

ولو شرط المريض للعامل ربحاً صحّ، ولو انكر القراض وادّعى

ثمّ قال: ونقل الامام فخرالدين عن والده، انّ في هذه المسألة اربعة اقوال، الرّابع أنّ القسمة كاشفة عن ملك العامل الخ(۱). كأنّه (يملك ـ خ) للظهور (بالظهور ـ خ) ولكن لم يذكر للعامل يأخذ منها(۲).

ويؤيّده ايضاً أنّه يورّث لو مات العامل بعد الظهور قبل الا نضاض.

ويدل عليه صحيحة محمّد بن قيس (في التهذيب) قال: قلت لأبي عبدالله عليه السّلام: رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى أباه، وهو لايعلم، فقال: يقوّم فان (فاذا ـ خ) زاد درهماً واحداً اعتق، واستسعى في مال الرّجل(۳).

كأنّ محمّد بن قيس هو الثقة، لانّهما اثنان ثقتان، وهما مشهوران، ولهما اصل ثابت، نقلهما عن الصادق عليه السّلام، وواحد ممدوح غير معلوم نقله عنه عليه السّلام وعدمه، وعلى تقديره تكون حسنة، و واحد ضعيف.

قيل مانقل عنه عليه السّلام فالضعف عنه منتف ويحتمل محمّد بن ميسّر الثقة، كما في الكافي(٤) وكأنّه لذلك قال في شرح القواعد صحيحة محمّد بن ميسّر بدل قيس، ولكن فيه: حسنته، لوجود إبراهيم بن هاشم، فتأمّل.

قوله: ولو شرط المريض الخ. قد مرّ ايضاً انّه يصحّ القراض عن المريض في مرض موته، وان كان الربح اكثر من اجرة المثل وفي المساقاة والمزارعة بحث، وفي الفرق تأمّل.

قوله: ولو انكر القراض الخ. أي لو انكر العامل القراض وادّعاه

---

(۱) انتهى كلام المسالك.

(۲) في بعض النسخ المخطوطة هكذا: ولكن لم يذكر القائل بأخذ منها.

(۳) الوسائل الباب ۸ من ابواب المضاربة الرواية۱ وفيه: عن محمّد بن ميسّر (قيس ـ خ) ونقلها في التهذيب في الموضعين الاوّل في كتاب المضاربة عن محمّد بن قيس والثاني في كتاب العتق عن محمّد بن ميسّر.

(٤) وفي التهذيب ايضاً في الموضع الثاني كما نقلناه.

التلف بعد البيّنة، او ادّعى الغلط في الإخبار بالرّبح، او بقدره، ضمن أمّا لو قال: (ربحت ـ خ) ثمّ خسرت، او تلف المال بعد الربح قُبل.

المالك، واثبته بالبيّنة ـ فقال العامل بعد ذلك انّ المال قد تلف قبل الدعوى ـ، ضمن المال لأنّه خائن، فلا يقبل قوله في التلف حينئذٍ.

ويمكن ان يقبل قوله، ولم يضمن اذا اظهر لانكاره وجهاً وقد مرّ مثله.

وكذا يضمن الربح بل الاصل ايضاً، لأنّه خائن لو اخبر بالرّبح مجملاً او عيّن قدره ام لا، ثم قال: غلطت وما ربحت شيئاً، أو غلطت في تعيين المقدار، فانّه كان أقلّ من ذلك، فيؤخذ باقراره، ولا يسمع الرجوع لادائه الى بطلان الاقارير وعدم سماع الرجوع، كسائر الاقارير، فلا فرق في ذلك بين اظهار وجه يمكن ام لا بحسب الظاهر.

ويمكن اعتباره اذ قد يظن انّ متاعه يباع بكذا وكذا، وهو اشترى بكذا و كذا، فظهر خلاف ظنّه ومثله كثير، سواء بنى في ذلك على سماعه من بعض الناس وكان غلطاً، أو ظنّ ذلك وغلط، او كان كذلك وتغيّر السوق، ويكون إخباره بالربح ومقداره باعتبار أنّه ان باعه يحصل ذلك، فيكون من المجاز بالمشارفة.

فقول شرح الشرايع: ولا فرق بين ان يظهر لدعواه الكذب وجهاً، كما لو قال: كذبت لتترك (١) المال في يدي ام لا، خلافاً لبعض العامّة، حيث قبل قوله في الاوّل، لانّ ذلك واقع من بعض العاملين(٢) فتأمّل(٣).

وأمّا لو ادّعي الخسران بعد ان اعترف بالرّبح ـ او تلف المال بعده، وامكن ذلك ـ قبل، لأنّه امين من غير ظهور خيانته، وقال مايمكن، فيقبل، كما في غير هذه الصور (الصورة ـ خ) وساير من كان اميناً.

---

(١) في المسالك: ليترك.

(٢) انتهى كلام شارح الشرايع.

(٣) هكذا في جميع النسخ، والظاهر كون العبارة فيه تامل بدل فتأمل.

ولو اشترى بالعين ابَ (ابا ـ خ) المالك بإذنه، فله الاجرة، وعتق، والّا فلا.

قوله: ولو اشترى بالعين أبا المالك الخ. أي لو اشترى العامل باذن المالك وعلمه ابا المالك، فلا شكّ في صحّته بوجود الشرايط وعتقه على الأب كذلك، لأنّه اشتراه بماله بعلمه ووكيله(١)، فينعتق عليه، كما اذا اشترى بنفسه او وكيله غير العامل، ولما كان العامل له ربح في عمله، ـوما كان متبرّعاً في العمل ـ يكون له اجرة المثل (ان كان هنا ربح ـ خ) حيث امتنع اخذ الربح، هذا ظاهر المتن.

ويحتمل عدم شيء لأنّه متبرّع، اذا علم أنّه لا يمكن اخذ الرّبح لعتقه، ومع ذلك اشترى، فهو متبرّع في العمل كالوكيل الّذي ماشترط أجرة ولا حصّة، ولأنّه فاتت الحصّة ورأس المال قبل القسمة والانضاض، بل قبل ظهور الرّبح، فانّه انعتق بعد الشراء بلافصل.

ويحتمل ان يكون له مقدار حصّة (حصته ـ خ) من الرّبح، فيأخذ ذلك المقدار من المالك، ان كان الاب ممّن اذا بيع بعد الشراء كان ربحاً(٢)، والّا فلا إذ إقدامه بشراءاب المالك الذي ينعتق حصة المالك الّذي هو الولد (عليه ـ خ)(٣) لاينافي تملّك حصّته من الرّبح، ولمّا حكم بعتقه ـوعدم امكان اخذ الحصّة منه ـ ينتقل الى عوضها.

بل يحتمل عدم شيء اصلاً بناءً على تملك الحصّة بالانضاض والقسمة، ان كان الشراء بجميع المال، والّا يضمن المالك حصته بعد القسمة.

ويمكن تملّك نفس الحصّة، وبقائها على ملكه مع القول بتملكه بالظهور

---

(١) في بعض النسخ المخطوطة هكذا: لأنّه اشتراه بما له ووكيله.

(٢) والصواب. كان له ربح.

(٣) وفي هامش بعض النسخ المخطوطة هكذا: وفي نسخة، اذ اقدامه بشراء المال الذي ينعتق على المالك الذي هو الولد لاينافي الخ.

ولو اشترى زوج المالكة (بالعين-خ) باذنها، بطل النكاح، والاّ بطل البيع.

على تقدير وجود الرّبح، فان الرّبح حينئذٍ ظاهر، وهو مالك، ولم يعلم عتق الاب كله في مثل هذه الصورة.

إلاّ ان يقال بالسّراية مع شرائطه، فيتوجّه على المالك عوض الحصّة، فتأمّل.

هذا اذا اشترى باذنه عالماً بأنّه ابوه وينعتق عليه ويلزم (بلزوم-خ) العوض.

امّا اذا اشترى بغير اذنه عالماً، فيمكن بطلان البيع، بناء على القول بعدم الفضولي، لأنّه بمنزلة الوكيل، وفعله مشروط بمصلحة المالك، وليست هنا.

ويحتمل الصحة والعتق، كما تقدم، لأنّه اذن في القراض، وهو من افراده، خصوصاً اذا كان العامل جاهلاً.

وكأنّ الاول(١) أولى، لأنّ الأب لم يدخل في ملكه مطلقا، ويكون موقوفاً على الاجازة، على القول بالفضولي، فمع الرّضا والقول بالصحّة يكون حكمه ماتقدم في صورة الاذن.

وحكم غير الاب حكمه ممّن ينعتق عليه.

قوله: ولو اشترى زوج المالكة الخ. أي لو اشترى العامل بعين مال المالكة زوجها باذنها عالمة، بطل نكاحها، لأنّ البيع صحيح بعموم الأدلة المقتضية، وعدم المانع.

وبغير اذنها بطل البيع وبقي النكاح، بناء على عدم جواز الفضولي، فقوله: بطل البيع، غير مناسب لمذهبه، لانّ مذهبه جوازه فكأنّه يريد بالبطلان عدم

---

(١) يعني بطلان البيع.

ولو اشترى أبا نفسه، عتق، مايصيبه (نصيبه ـ خ) من الرّبح، ويستسعى العبد بالباقي (في الباقي ـ خ).

ولو اشترى جارية جاز له وطيها، مع اذن المالك بعده، لاقبله، على رأي.

الرجوع، ويحتمل الرجوع، فتأمّل.

ويجيء احتمال الصحة حينئذٍ، لما تقدّم، من غير توقّف على رضاها، فانّها اذنت للشراء للقراض مطلقا، مع مصلحة الرّبح، لمامرّ، وهو مذهب بعض، وهو بعيد، اذ رضاها لابدّ في البيع، فانه لها فع عدمه قبل، وبعد، لايصحّ.

قوله: ولو اشترى أبا نفسه الخ. أي لو اشترى العامل أباه صحّ البيع مطلقا، للعموم، فان كان فيه ربح يعتق ويستسعى الأب في الباقي للمالك.

ودليله الرواية المتقدمة(١) في مسألة يملك (تملّك ـ خ) العامل الحصة بالظهور وهي مع فتوى العلماء بل عدم الخلاف دليل تملكه بمجرد الظهور.

ويحتمل الاشتراط بعلم العامل، بل باذن المالك وعلمه ايضاً، اذ يحصل هنا شيء ليس ذلك مقتضى رضاه بالقراض، وهو (أنّه يلزم ـ خ) ثبوت المال في عين أبي العامل، مع وجوب نفقته عليه حتّى يسعى، ويحصل، وقد لايحصل وعلى تقديره يعطي ويبق ماله بغير انتفاع، بل في معرض التلف بمؤنته ونفقته، مع كون غرضه الانماء، وتحصيل النفع، ولكن الرواية والعبارة عامّة، فتأمّل.

قوله: ولو اشترى جارية الخ. قال في التذكرة: اذا اشترى (العامل ـ التذكرة) جارية لم يجز له **وطؤها،** لانّها ملك لربّ المال، ان لم يكن هناك ربح، وان كان (هناك ـ خ) ربح، فهي مشتركة على احد القولين، اذ له حق، وليس لأحد الشريكين وطء الجارية المشتركة.

---

(١) راجع الوسائل الباب٨من ابواب المضاربة الرواية١.

....

فان وطأها العامل، ولاربح فيها وكان عالماً، حدّ، ويؤخذ منه المهر بأسره، ويجعل في مال القراض لأنّه ربّما وقع خسران، فيحتاج حينئذٍ الى الجبر، ولو كان هناك ربح يحط منه بقدر حقّه، ويؤخذ بقدر نصيب المالك مع يساره، وقومت عليه ان حملت منه وثبت لها حكم الاستيلاد ودفع الى المالك بحصته (نصيبه ـ التذكرة) منها ومن الولد، ولو كان جاهلاً فلاحدّ عليه(١) (هذا ان قلنا بملكه بالظهور ـ خ).

وجه كونها امّ ولد لحوق الولد بالواطئ، ولايمكن التبعيض، قاله في شرح القواعد، ثم قال: وبه رواية سبقت في البيع(٢) ثمّ قال(٣): ولايجوز للمالك ان يطئها ايضاً، سواء كان هناك ربح اولا، لانّ حق العامل قد تعلق بها والوطء ينقصها ـ الى قوله ـ: ولولم يكن فيها ربح لم يكن للمالك ايضاً وطؤها، لأنّ انتفاء الرّبح في المتقوّمات غير معلوم، وانّما يتيقّن الحال بالتنضيض للمال، امّا لو تيقّن عدم الرّبح، فالاقرب أنّه يجوز له الوطء ـ الى قوله ـ: وعلى كلّ تقدير، لايلزمه الحدّ، سواء ظهر ربح ام لا، اما مع عدم ظهور الربح فلا نّها ملك له خاصّة، وامّا مع ظهوره فلانّ الشبهة حاصلة، اذ جماعة يقولون بأنّه ليس للعامل فيها شيء الآ بعد البيع وظهور الربح (والظهور ـ خ) والقسمة(٤)، فتأمّل.

ثمّ انّ ظاهر المتن أنّه يجوز للعامل الوطء بمجرد الاذن، بعد البيع، بأن يقول بعد البيع، وان صارت ملكاً له: اذنت لك أنّ تطأها او بالوطئ ونحو ذلك.

امّا لو قال للشريك: اذا اشتريت جارية فأذنت لك وطئها (مواطئتها ـ خ) لايصحّ ذلك.

---

(١) انتهى كلام التذكرة، ج٢ ص٢٤٣.

(٢) راجع الوسائل الباب ١٧ من ابواب بيع الحيوان (ج١٣ ص٤٥).

(٣) يعني في التذكرة.

(٤) انتهى كلام التذكرة.

....

وجه الاول أنها جارية مشتركة او مخصوصة، فيجوز وطؤها للشريك باذن مالكها.

وفيه تأمل اذ سبب الاباحة منحصر في العقد والملك وقد قال اكثر الاصحاب بالتحليل ايضاً، وارجعوه الى احدهما، وهذا ليس منها، اذ التحليل لابدّ له من ايجاب وقبول والفرض خلّوه عنها، الّا ان يحمل عليه.

وايضاً على تقدير ظهور الرّبح وتملكّه به يشكل الجواز بالتحليل، بسبب التبعيض، وسيجيء تحقيقه، فلا يجوز بمجرّد الاذن، ولو كان بعده وكأنّه (فكأنّه ـ خ) **الأصحّ والأحوط ،لظاهر الآيات والأخبار، وملاحظة الاحتياط** في الفروج، كما يدلّ عليه العقل والنقل ووجه الثاني(١) ما علم من الاول، ولأنّ الاذن قبل البيع لايؤثّر، لأنّه اذن في المعدوم، والآذن لابدّ ان يأذن في وقت يجوز له ذلك واذا لم يجز الوطيء له فلغيره أولى.

وفيه تأمل، اذ يأذن لأكله وتصدّقه وهبته، والبيع وغيرها بعد البيع والشراء، وهذه **المسألة من المشكلات، وقدمرّت في الوكالة، فتأمّل.**

وكأن قوله: (على رأى) اشارة الى القول الآخر، وهو الجواز بالاذن قبل البيع، وهو قول الشيخ لرواية الكاهلى، عن ابي الحسن عليه السّلام، قال: قلت له رجل سألني أن اسألك، انّ رجلاً اعطاه مالاً مضاربة يشتري له مايرى من شيء فقال: اشر جارية تكون معك والجارية انّما هي لصاحب المال، ان كان فيها وضيعة فعليه، وان كان فيها ربح فله، (قلت ـ خ) للمضارب ان يطأها؟ قال: نعم(٢).

---

(١) يعني لو قال للشريك الخ.

(٢) الوسائل الباب ١١ من ابواب المضاربة الرواية١.

والتالف بعد دورانه في التجارة، من الربح.

وهي ضعيفة لعدم صحة السند الى الحسن بن محمّد بن سماعة(١)، فانّ فيه حميد بن زياد، والحسن هو ايضاً واقفي، وغير واضح الدلالة وفي المتن ايضاً شيء، فالعمل بها خصوصاً في مثل هذه المسألة مشكل جدّاً.

ويحتمل ان يكون اشارة الى الخلاف فيما بعد ايضاً، فانّ جواز الوطء بالاذن بعد البيع ايضاً محل التأمّل، خصوصاً مع ظهور الرّبح، لما مرّ فتأمّل.

الّا ان يريد بالاذن التحليل، مع عدم ظهور الرّبح، ومع ذلك فيه تأمّل، لانّ القيمة في المتقومات غير مضبوطة، وقد يظهر الرّبح فيما بعد، ولهذا صرّح في شرح القواعد فيما سبق ان ليس للمالك ايضاً وطيها حينئذٍ.

نعم ذلك صحيح بعد القسمة، مع أنّه يجيء فيه خلاف التحليل.

قوله: والتالف بعد دورانه الخ. الظاهر أنّه لاخلاف في انّ التالف مأخوذ من الرّبح بعد دوران رأس المال في التجارة، بمعنى أنّه وقع بيع وشراء، لامجرّد السفر بقصده، كما هو المتبادر.

قال في شرح القواعد وشرح الشرايع: المراد بدوران المال في التجارة التصرف فيه بالبيع والشراء، ولا فرق في ذلك بين كون السّفر واحداً او متعدّداً وهو ظاهر(٢).

و(ايضاً قال في شرح الشرايع ـ خ): الظاهر عدم الفرق بين فوت (فوات ـ خ) المال بالسرقة والغصب وغيرهما(٣)، وما يتلف في يد من عليه الضمان ام لا، مثل ان

---

(١) والسند ـ كما في التهذيب ـ هكذا: وما ذكرته في هذا الكتاب عن الحسن بن محمّد بن سماعة فقد اخبرني به أحمد بن عبدون عن أبي طالب الانباري، عن حميد بن زياد، عن الحسن بن محمّد بن سماعة.

(٢) في بعض النسخ زاد بعد قوله وهو ظاهر: قاله في شرح الشرايع.

(٣) في بعض النسخ بعد قوله: وغيرهما: مثل ان يتلف بآفة سماوية من غير ان يكون مضموناً على احد وما يتلف في يد من عليه الضمان ام لا.

....

يتلف بآفة سماوية، من غير ان يكون مضموناً على أحد.

وكأن البعض خصّ بالقسم الثاني ولعلّ الدليل هو ان معنى القراض هو استعمال المال والانتفاع بربحه مشتركاً **بينه وبين العامل** فالفرض (فالغرض-خ) أنّه لابدّ من ابقاء اصل المال وتقسيم الرّبح بعد اخراجه، فلابدّ من ابقاء المال، ثم تقسيم الرّبح فيلزم كون التالف من الرّبح.

وايضاً الروايات الدالة على كون الرّبح بينهما تدلّ عليه مثل صحيحة محمّد بن مسلم، عن احدهما عليهما السّلام، قال: سألته عن الرّجل يعطى المال مضاربة، وينهى عن يخرج به فيخرج (فخرج-خ)؟ قال: يضمن المال، والرّبح بينهما(١).

فان المتبادر من الرّبح هنا هو الزائد على اصل (رأس-خ) مال التجارة، فلابد من اخراج كلّه، الّا انّ الّذي يكون في ذمّة التالف يكون بينهما، مثل الرّبح المشترك .

وامّا اذا تلف قبل دورانه في التجارة، بالمعنى المتقدم، -بأن اخذه العامل فتلف، قبل ان يشتري به من غير تفريط- ففيه تأمّل، يحتمل اخراجه ايضاً من الربح، لماتقدّم، وعدمه للاصل، وعدم الدليل خرج بعده بالاجماع، بقي الباقي، ولأنّ معنى كون الرّبح بينهما الذي هو الغرض من القراض بالنصّ والاجماع هو الحاصل من المال الذي عومل، واستعمل (يستعمل-خ) فرأس المال الذي يخرج اولاً هو المستعمل في التجارة، وكونه مال تجارة، وهو حقيقة انّما يصدق بعد الدوران لاقبله، ولعموم ماتقدّم من الاخبار، فانّه لو كان مطلق التلف (التالف-خ) داخلاً ومأخوذاً من الرّبح ينبغي ان نقول في الروايات مثل صحيحتي محمّد بن مسلم

---

(١) الوسائل الباب١ من أبواب المضاربة الرواية١.

ولو خسر من مائة عشرة، ثم اخذ المالك عشرة، ثمّ ربح (عشرة ـ خ) فرأس المال تسعة وثمانون الا تسعاً.

والحلبي(١) (والرّبح بينهما) بعد ان يخرج ماتلف قبل المعاملات، تم الرّبح بينهما، فان الرّبح صادق من غير شك على جميع مازاد على رأس مال المعاملة، بل(٢) الذي استعمل بالفعل، بل(٣) على الزائد في كل معاملة معاملة، **فيجعل** المجموع معاملة واحدة. وينسب الربح اليه، للاجماع، والّا كان يمكن اخراج رأس كل معاملة(٤) معاملة، وتقسيم ربحه، فلا شكّ حينئذٍ أنّه يصدق على الزائد على ذلك المال كلّه ـ وان فات اضعاف مضاعفه قبل الاستعمال ـ أنّه ربح، وانّ التالف مثل التالف في بيته قبل ذلك.

فالظاهر أنّه حينئذٍ جميع الروايات هو دليل هذا، فتأمّل.

ولانّ العامل ملك الرّبح بالظهور، على ماتقدّم، وأنّه مشترك بينهما بالاتّفاق، والاصل براءة ذمّته، وعدم خروج ماله عن ملكه، وهو ظاهر.

واعلم أنّه لايتصوّر هنا فوت (فوات ـ خ) الجميع مع بقاء القراض، فانّه ينفسخ، الّا ان يشتري في ذمّة المالك مع اذنه، كما سيجيء.

قوله: ولو خسر من المائة الخ. أي لو كان مال القراض مأة وخسر عشرة، ثم اخذ المالك عشرة، وله ذلك، حيث انّ القراض جائز، ثم ربح بثمانين، فرأس المال الذي يخرج حينئذٍ هو تسعة وثمانون الّا تسعاً ثمّ الباقي ربح يقسم بينهما على ماشرط، لانّ الخسران الذي كان يجب جبره من الرّبح هو عشرة، يجب جبران

---

(١) الاولى منهما تقدّمت آنفاً، والثانية في الباب١ من تلك الابواب الرواية٢. وفي هذه الرواية في الوسائل: وان ربح فهو بينهما.

(٢) يعني مازاد على الّذي استعمل بالفعل الخ.

(٣) يعني بل انّ الربح صادق على الزائد الخ.

(٤) يعني رأس مال كل معاملة الخ.

ولو اشترى بالعين فتلف الثمن قبل الدفع بطل، وان اشترى في الذمة بالاذن، الزم صاحب المال عوض التالف، وهكذا دائماً، ويكون الجميع (من-خ) رأس المال، وان كان بغير اذن بطل، مع الاضافة.

كلّه من ربح التسعين، لأنّ الباقي بعده رأس مال، فاذا اخذ المالك عشرة، فقد اسقط جبر تلك العشرة، وهو احد (واحد-خ) وتسع من واحد، فانّ جبره عن (على-خ) التسعين، فعلى كلّ عشرة ذلك، فبقي حينئذٍ رأس المال تسعة وثمانون الّا تسعاً، لأنّه سقط جبر العشرة المأخوذة من التالف، وهو واحد وتسع، بقي من العشرة تسعة الّا تسعاً، واذا ضمّ الى الثمانين الباقية تصير تسعة وثمانين الّا تسعاً، وهو ظاهر.

قوله: ولو اشترى بالعين الخ. أي لو اشترى العامل بعين مال المضاربة فتلف العين قبل دفعه الى المشتري كلّه، بطل البيع (العقد-خ) ولاضمان عليه، مع عدم التفريط، لانّ تلف احد العوضين قبل القبض موجب لبطلان العقد بالاتفاق، واذا لم يكن تفريط لاضمان عليه كذلك.

واذا (ان-خ) اشترى في ذمّة المالك باذنه صحّ البيع، ويلزم (لزمه-خ) العوض، فان تلف الذي عند العامل والذي اراد العامل الوفاء منه، وهو مال المضارب به، لزمه عوض آخر، وهكذا، ويكون جميع ماتلف رأس المال، فيخرج من الرّبح ثمّ يقسّم، على ماشرطا.

وان كان بغير اذنه بطل العقد، بناء على عدم الفضولي، والّا يكون موقوفاً على الاجازة، فلايلزم.

هذا ان اضاف البيع الى المالك او قصده بالنيّة، وقبل ذلك منه.

فقوله: (بطل مع الاضافة) محلّ التأمّل، وان اضاف الى نفسه او لم يضف وقال: قصدت للمالك، لم يقبل منه ذلك، فبحسب الظاهر له، وينبغي ان يفعل

ولو فسخ المالك فللعامل اجرته الى وقت الفسخ، وعليه جباية السّلف، لا الإنضاض.

مايخلصه (عنده، وما ـ خ) في نفس الأمر.

قوله: ولو فسخ المالك الخ. لمّا كان عقد المضاربة جائزاً، يجوز لكل واحد فسخه، فاذا فسخ المالك، بقوله: فسخت القراض او **(دفعته ـ خ)** او ابطلته، وما ادّى هذا المعنى، ـ وبقوله للعامل: لا تتصرّف بعد هذا، وقد ازلت يدك عنه، وبانتزاع المال من العامل بقصد رفع القراض، وكذا بيع المال بقصد ذلك، لابقصد اعانة العامل ـ بطل العقد، فان كان هناك ربح يقسّم بعد اخراج رأس المال للمالك، وان لم يكن ربح فعليه اجرة عمل العامل الى حين الفسخ، وعليه ايضاً جمع الأموال المتفرقة عند المعاملين، ولا يجب عليه الانضاض، هذا مجمل المتن.

قال (وفصّل ـ خ) في التذكرة: (وقال ـ خ) قد بيّنا انّ القراض من العقود الجائزة من الطرفين كالوكالة والشركة، بل هو عينهما، فانّه وكالة في الابتداء، ثم يصير شركة في الا ثناء، فلكل واحد من المالك والعامل فسخه، والخروج منه متى شاء، ولا يحتاج فيه الى حضور الآخر ورضاه، لأنّ العامل يشترى ويبيع لربّ المال باذنه، فكان له فسخه كالوكالة ـ الى قوله ـ: اذا ثبت هذا، فان فسخا العقد او احدهما، فان كان قبل العمل عاد المالك في رأس المال، ولم يكن للعامل ان يشترى بعده ولا شيء له وان كان قد عمل، فان كان المال ناضّاً، ولاربح فيه، اخذه المالك ايضاً، وكان للعامل اجرة عمله الى ذلك الوقت، وان كان فيه ربح اخذ رأس ماله، وحصّته من الرّبح، واخذ العامل حصّته منه، وان لم يكن المال ناضّاً، فان كان ديناً، فان باع نسيئة باذن المالك، فان كان في المال ربح كان على المالك جبايته، وبه قال الشافعي وابوحنيفة، وان لم يكن هناك ربح، قال الشيخ

....

رحمه الله: يجب على العامل جبايته ايضاً وبه قال الشافعي الخ(١).

لايخفى أنّ الحكم باجرة عمله على تقدير كون المال ناضّاً بلاربح، مشكل، خصوصاً اذا كان الفاسخ هو العامل باختياره، فانّ ماتقرّر لعمله هو الرّبح على تقدير وجوده، فاذا لم يوجد والعقد ممّا يجوز فسخه وفسخ، فلا وجه للاجرة له ان كان هو الفاسخ اصلاً.

وكذا ان كان الفاسخ هو المالك، وان لم يرض العامل، لأنّ العقد جائز، وانما شرط له الرّبح، ولا ربح، ولايجب عليه ابقاء (هذا-خ) المال دائماً حتّى يحصل الرّبح (هذا-خ) للضرر، اذ قد لايحصل له الرّبح اصلاً فلايفسخ، فيبقى المال في يد العامل، وقد يتلف، وان فسخ يلزمه الاجرة، وهو تكليف واخراج مال عن يد شخص بلا دليل.

نعم قد يتصوّر له الاجرة، اذا كان العقد مؤجّلاً بأجل، وفسخ المالك قبله، وكان ممّا يتوقع الرّبح ولو في آخر تلك المدّة وامّا وجوب الجباية على تقدير بيعه نسيئة باذنه، فما نجد فرقاً (الفرق-خ) بين وجود الرّبح وعدمه.

نعم يمكن ان يقال: لو طلب هو الرّبح حينئذٍ كلّف بالجباية، اذ قد لايحصل جميع مافي ايدى الناس، فلا يتمّ له الرّبح، فان اراد الرّبح، فلابدّ له من الجباية، كالانضاض في صورة كونه عروضاً مع ظهور الرّبح، فالظاهر ان ليس له جبره على ذلك.

وكذا ليس للعامل جبره على جبايته وانضاضه بعد الفسخ، الّا ان يدّعى حصول الرّبح، فجواز ذلك حينئذٍ غير بعيد.

ولكن الظاهر انّ للمالك تعيين الناظر معه، وان كانت(٢) الوكالة مع

(١) التذكرة: ج٢ ص٢٤٦.

(٢) وفي بعض النسخ، وان يكون الوكالة.

....

بطلان القراض باقياً(١) الّا ان يقال له ملك (٢)،فعلى تقدير عدم جبايته يصير الرّبح المشترك ممّا يشكل قبضه، فهو مكلّف بجمع المال، الّا أنّه يمكن ان يقال: انه قد يسقط حقه بمعنى ان يوهبه من المالك، فيمكن ان يقال: لايجب القبول، ولكن تكليفه بجمع ماله ـمع اعراضه عنه ومال الغير لانّ وجود ماله فيه ـ مشكل، فتأمّل.

ووجه التكليف (بالكليّة ـ خ) أنه قد جعل مال المالك في ايدي النّاس، فيجب ان يجعله بحيث يصل الى اهله.

وفيه منع، خصوصاً اذا كان الفاسخ هو المالك، لأنّه عقد جايز، وينفسخ بالفسخ، والاصل براءة الذمّة عن تكليف الجمع وغيره بعده.

نعم يمكن ان يكلّفه امّا بالجمع او جعل ذمّة المتعاملين، بحيث يجب عليهم تسليم جميع المال الى المالك بغير شركة، إمّا بابرائهم عن حصّة الرّبح او غيره وإمّا وجوب الانضاض اذا كانت الاموال عروضاً، بمعنى كونه من غير جنس المال الذي اخذه، ولو كان اخذ النقدين والمال، النقد الآخر، او كان صحيحاً، والموجود مكسّراً، بمعنى جعله من ذلك الجنس الّذي اخذه، ولو كان بجعل المكسور صحيحاً، وتغيير احد النقدين بآخر.

ولو كان بالمال ربح فقضيّة جواز العقد، واصل براءة الذمّة، يقتضي العدم، خصوصاً اذا كان الفسخ من جانب المالك.

ولكن ينبغي اسقاط الحصّة بوجه شرعي ان كانت(٣) بصلح او ابراء، ويمكن سقوطه بمحض الاسقاط او الاعراض، كما في ساير الاموال المعرضة

---

(١) هكذا في جميع النسخ، والصواب باقية.

(٢) في بعض النسخ المخطوطة هكذا: الّا أنّ يقال له أنه قد يسقط حقّه، بمعنى ان يوهبه من المالك، فيمكن ان يقال له ملك فعلى تقدير الخ.

(٣) أي ان كانت الحصة بصلح الخ.

ولو ضارب العامل باذنه صحّ، والربح بين الثاني والمالك، وبغير اذنه **لايصح، والرّبح بين المالك والاوّل، وعلى الاوّل الاجرة للثاني.**

(عنها، ـ خ) فتأمّل.

والظاهر أنّه لايجب على المالك ايضاً تمكينه من الانضاض على تقدير التماسه، اذ قد لايأمنه حينئذٍ.

ولكن مع ظهور الرّبح او دعواه ينبغي ان يكون له ذلك، مع انضمام امين اليه، كما اشرنا اليه، فتأمّل.

قوله: ولو ضارب العامل الخ. أي لو ضارب عامل المضاربة شخصاً آخر بمال المضاربة فان كان باذن المالك صحّت المضاربة الثانية، والربح يكون بين المالك والمضارب الثاني ان جعل مجموع الحصّة التي له، للثاني، والباقي للمالك، كما كان معه.

وجهه أنّه يصير وكيلاً للمالك بايقاع عقد المضاربة، فبالحقيقة يكون فسخاً لعقد نفسه، وعقد بوكالة المالك لغيره، كما في صورة منع الموكّل، او وكيله الآخر ماوكلّ فيه، بل مضاربتها بعد مضاربته، فتأمّل.

فهو وكيل محض، وحينئذ لابّد ان يكون الايقاع بقصد كونه مضارباً للمالك لاله، وهو ظاهر، والّا لم يصحّ، لانّ المضاربة لابدّ ان تقع من مالك رأس المال او وكيله، وهو واضح من تعريف المضاربة، وان كان بغير اذنه فلايصحّ، وقد عرفت وجهه ايضاً.

ولكن قوله: ـ والرّبح بين المالك وبين الاوّل ـ محل التأمّل، لأن (الواقع ـ خ)، الشراء حينئذٍ من الثاني، وهو غير مأذون، فيقع العقد باطلاً.

وعلى تقدير جواز الفضولي واجازة المالك، فينبغي ان يكون الربح للمالك فقط (فلا شيء له، ومع ذلك عليه اجرة عمل الثاني ـ خ) ان اشترى بعين ماله، لأنّه نماء ماله، ولا حصّة للمضارب الاوّل، لأنّه انّما يستحق الحصّة بالعمل، ولا

ولو خسر بعد قسمة الربح ردّ العامل أقلّ الأمرين.

وكل موضع تفسد فيه المضاربة يكون الرّبح للمالك، وعليه الاجرة.

عمل له فرضاً، فلا شيء له، ومع ذلك عليه اجرة عمل الثاني.

الّا ان يقال(١): انّ الثاني وكيل الاوّل، فيكون الحصّة له، بشرط كون عقد المضاربة مشتملاً على تجويز المعاملة بالوكالة ايضاً، فتأمّل، وعلى الاوّل اجرة عمل الثاني، واذا لم يكن عالماً بالفساد، وامّا مع علمه بالفساد وعدم الاستحقاق، فلا شيء له، فتأمّل.

وامّا اذا عيّن بعض الحصّة له، فيكونان عاملين لمالك واحد، فلابدّ من جعل الاوّل وكيلاً للمالك، ويكون الحصّة لكل واحد بعمله، فلو لم يكن وكيلاً، وجعله شريكاً لنفسه، فالظاهر البطلان حينئذٍ ايضاً، فتأمّل.

قوله: ولو خسر بعد قسمة الرّبح الخ. اشارة الى كون الرّبح وقاية لرأس المال وان كان الخسران بعد القسمة، بان حصلّ ربحه فقسّم، ثم حصل في معاملة اخرى خسران، فلابد من جبره، فلوصبر المالك حتى ينجبر باخرى وهكذا، فبها، والّا فله ان يرجع الى العامل بأقلّ الامرين من حصته من الربح التي اخذها وممّا فات، يعني ينظر (شطر-خ) الذي اخذ من الرّبح، والّذي فات من رأس المال، فان كان ضعف حصته يؤخذ تمام حصته لان يضيفه على حصة المالك ويضيفه على حصّته وان كان اكثر لايؤخذ الّا ذلك، اذ لايكلّف بأكثر من عين الرّبح، وان كان اقلّ فيؤخذ بالنسبة، فان (فلو-خ) كان نصف الربح، فيؤخذ منه نصف حصّته، وهو ظاهر.

قوله: وكل موضع تفسد الخ. كون الرّبح للمالك، في صورة فساد عقد

---

(١) الظاهر أنّه استثناء من قوله: ولاحصّة للمضارب الاوّل.

....

المضاربة، بناء على كون وقوع العقد على العين والعمل بالاذن المفهوم ضمناً في المعاملة الفاسدة.

والظاهر أنّه لاخلاف في ذلك بين المسلمين في المضاربة.

قال في التذكرة: القراض الفاسد له حكم آخر، وهوصحة تصرّف العامل ونفوذه، لأنّه اذن له فيه، فوقع بمجرد اذنه، وان كان العقد فاسداً، كما لو وكله وكالة فاسدة، وتصرّف، فانّه يصحّ تصرّفه.

وهو دليل ماقدّمناه من حصول الاذن في الوكالة الفاسدة، فانّك قد عرفت مراراً انّها وكالة خصوصاً، عن قريب، عن التذكرة.

ولايحتمل حمل كلامهم على الرضا بعد العقد، مع القول بالفضولي، اذ كلامهم صريح في الاوّل.

وايضاً الظاهر أنّ حصول اجرة المثل للعامل موقوف على عدم علمه بالفساد، والحكم بعدم الاجرة والحصّة، والاّ فلا اجرة له لأنّه متبرّع.

وايضاً قد استثنى منه ماإذا كان سبب البطلان غير اشتراط عدم الحصّة للعامل، بان قال: قارضتك بان لاحصة لك، او يكون الرّبح لي فقط، وان قلنا انّه اجارة فاسدة لأنّه متبرّع، كما استثنى مثل هذه الصورة في الاجارة والمساقاة والمزارعة، وقد مرّ.

ويمكن ان يقال: هذا متوجّه على تقدير علمه بالحكم بأنّه لاحصة له، بل ولا اجرة ايضاً حتى يصحّ قولهم: لأنّه متبرّع، بخلاف ماإذا اعتقد أنّه وان لم يكن له حصّة، ولكن له اجرة المثل، فلا تبرّع، فيمكن الرجوع اليه والقبول منه ماقال، فتأمّل.

ويمكن الاقلّ من اجرة المثل، وما رضي، لما تقدّم مراراً على القول بلزوم الاجرة في كل صورة يكون ماعيّن له شيئاً معلوماً وفساده (وفسد ـ خ) من غيرذلك الوجه.

«المقصد السابع في الوديعة»

وهي عقد جائز من الطرفين.

قوله: المقصد السابع في الوديعة وهي عقد جايز الخ. ترك التعريف لما مرّ قال في التذكرة، وهي في عرف الفقهاء عبارة عن عقد يفيد الاستنابة في الحفظ، ثم قال: لابد فيه من ايجاب وقبول، فالايجاب كل لفظ دالّ على الاستنابة بأيّ عبارة كانت، ولا ينحصر في لغة دون اخرى، ولا في عبارة دون اخرى، ولا يفتقر الى التصريح، بل يكفي التلويح والاشارة والاستعطاء، والقبول قد يكون بالقول، وهو كل لفظ دالّ (دل ـ خ) (يدلّ ـ التذكرة) على الرّضا بالنيابة في الحفظ، بأيّ عبارة كانت، وقد يكون بالفعل، وهل الوديعة عقد برأسه او اذن مجرد؟ الاقرب الاوّل(١). اعلم أنّه لايظهر عندي لهذا الخلاف ثمرة، ويفهم من شرح القواعد، انّ الفائدة أنّه ان كان عقداً لابد من كون القبول باللفظ والّا فلا، ومن التذكرة ايضاً يفهم ذلك، ولكن نقل عن بعض الشافعيّة.

وقد يمنع اشتراط اللفظ في القبول مع كونه عقداً، وقد فهم جواز كونه فعلاً حينئذٍ عن التذكرة فيما سبق (ايضاً ـ خ) ويجوز في الوكالة قبول الفعل مع كونها عقداً.

---

(١) انتهى كلام التذكرة: ج٢ ص١٩٦.

....

وايضاً نقل عن بعض الشافعيّة أنّه انّ كان عقداً فولد المودوعة(١) وديعة كالام وان كان مجرّد اذن فلا، بل لابدّ من اذن جديد(٢) او الرّد، فانّ الولد حينئذٍ امانة شرعيّة(٣) وهو غير ظاهر.

وايضاً قال: ان كان عقداً لم يضمن الصبي والمجنون المودعان، والا يضمنان، ولكن قال: الحقّ الضمان مع الا تلاف مطلقا، مثل الاكل، والّا فلا.

فتأمّل، فانّ الاصل يقتضي عدمه، مع انّ المالك سلّط غير المكلّف على الا تلاف مطلقا.

ويمكن الفرق بالتمييز التامّ وعدمه مع الاعلام، بالضمان وعدمه، فتأمّل.

ويمكن ان يقال يجوز مع كونه عقداً، كون القبول بالفعل (العمل-خ)، كما يفهم من عبارة التذكرة المتقدمة، وكما في الوكالة والمضاربة.

وايضاً قد عرفت انّ الايجاب ايضاً ليس بلازم ان يكون بلفظ صريح، بل يكفي الاشارة والتلويح، وصرّح به في شرح الشرايع ايضاً، ومع ذلك قال: مقتضى العقد كون الايجاب والقبول بالقول.

والظاهر أنّه يكفي مايدلّ على الاستنابة وقبولها مطلقا، وأنّه مجرد اذن في النيابة، وأنّه مالم يقبض او يقبل -بما يفيد القبول، بعد مايدلّ على الايجاب- لم يدخل في الضمان، ومعه يدخل مطلقا.

فتأمّل فيما قال في شرح الشرايع في شرح قوله: ولو طرح الوديعة عنده لم يلزمه حفظها اذا لم يقبلها، المراد بالقبول هنا القبول الفعلي خاصّة، لانّ القبول

---

(١) يعنى ولد الجارية المودعة وديعة كأمّها.

(٢) يعنى بالتبهية الى ولد المودعة.

(٣) عبارة التذكرة هكذا: وقال بعض الشافعيه: ان جعلنا الوديعة عقداً فالولد كالآم تكون وديعة والّا لم تكن وديعة بل امانة شرعيّة مردودة في الحال الخ ج٢ ص١٩٧.

....

اللفظي غير كاف في تحقق الوديعة قطعاً، بل لابدّ معه من الايجاب، ولم يحصل هنا بمجرد الطرح.

اذ الظاهر أنّ هنا مايفيد ذلك مثل تسميته وديعة، فانّها لغة بل شرعاً ايضاً هو المال المودع، والغالب أنّه ايضاً ان انضمّ هنا بالطرّح مايفيد الاستنابة، فمع القبول تحصل الوديعة، لمامرّ من عدم حصره في التصريح باللفظ، وان لم يكن كذلك فلا، فكان ينبغي التفصيل، فتأمّل.

ونقل ايضاً في التذكرة، عن بعض العامّة اذا كان الايجاب بلفظ اودعتك وشبهه ممّا عليه صيغة (صيغ ـ خ) العقود وجب القبول لفظاً، وان قال: احفظه ونحوه لم يفتقر الى القبول اللفظي، كالوكالة ثم قال في شرح الشرايع وهو كلام موجه.

مافهمت وجهه، بل الظاهر أنّه لافرق اصلاً، وأنّه يحصل بكلّ مايدلّ على الايجاب والقبول، لفظاً وغيره، للأصل وحصول المقصود، وهو الرّضا بالاستنابة وقبولها، كما صرّح به في التذكرة وغيرها.

ثم انّه قد نقض التعريف المذكور بالوكالة، واجيب بأنّه يجوز التزام كونها وكالة باعتبار النيابة في الحفظ دون الاذن في التصرف، وبأنّ(١) المراد كون المقصود هنا الحفظ فقط وليس في الوكالة ذلك، والاّ يكون وديعة.

ثمّ انّ العقل والنقل دلّ على جواز الاستنابة وقبولها، وأنّه حسن، فانّه قضاء لحاجة المؤمن، وادخال السرور(٢) وقد ادّعى الاجماع في التذكرة وغيرها على الجواز بمعنى عدم الحظر.

---

(١) عطف على قوله: بانّه يجوز الخ.

(٢) راجع الوسائل الباب ١٢٢ من ابواب احكام العشرة ج٨ ص٥٤٢ والباب٣ من ابواب جهاد النفس ج١١ ص١٣١ وأبواب فعل المعروف الباب ٢٤ و ٢٥ من تلك الابواب.

....

والظاهر أنه لا كلام في رجحان القبول، مع عدم المانع، من عدم استيثاق من نفسه، وعدم الاعتداد بحفظه كما هو.

قال في التذكرة: ولو كان قادراً على الحفظ واثقاً بأمانة نفسه استحب له القبول، لما فيه من المعونة على البرّ وقضاء حوائج الاخوان، ولو لم يكن هناك غيره، فالاقوى أنه يجب عليه القبول، لأنّه من المصالح العامّة وبالجملة فالقبول واجب على الكفاية(١).

وفي كون القبول مطلقا معاونة على البرّ تأمّل، ثمّ في الوجوب، فانّه تكليف لا يخلو عن صعوبة واشكال، كما سيجيء، فايجابه بمثل الدليل المذكور محل تأمّل.

وايضاً ايجاب حفظ مال شخص على آخر بلا أجرة وعوض يحتاج الى دليل قوي، وكونه من المصالح العامّة بحيث يجب على الناس كلّهم ذلك، غير ظاهر.

نعم قد يضطرّ الانسان الى الايداع فيمكن ايجاب مثله حينئذٍ بأجرة ليتمّ به المعاش، كما في ساير الامور التي عدّت من الوجوب الكفائي، ويشعر به كلام التذكرة، قال مستدلاً على جوازها: ولأنّ الحكمة تقتضي تسويغها، فانّ الحاجة قد تدعو اليها، لاحتياج الناس الى حفظ اموالهم، وربما تعذر ذلك عليهم بانفسهم امّا لخوف او سفر او عدم حرز، فلو لم يشرع الاستيداع لزم الحرج المنفي بقوله تعالى: وَما جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ(٢).

وهو الذي اشار اليه اوّلاً ايضاً بقوله: لأنّه من المصالح العامّة، ولكن في افادته الوجوب بلا عوض دائماً، تأمّل فتأمّل.

ثمّ انّه يمكن وجود الاحكام الخمسة فيها.

الوجوب مع الضرورة وعدم المعارض.

---

(١) انتهى ج٢ ص١٩٦.

(٢) انتهى كلام التذكرة والآية الشريفة: الحج: ٧٨.

....

والحرام مع الضرّر لنفسه او لغيره وعدم امانته، واخذها مع عدم قصد (حصول ـ خ) الحفظ والأمانة.

والاستحباب مع عدم ماذكر وما سيذكر.

والكراهة مع احتمال الخيانة والضرر البعيد، وبدون طلب المودع، مع استيثاق في الجملة.

والاباحة لامع ذلك كلّه بدون الطلب(١) فتأمّل.

ثمّ أنّه لاخلاف في كونه عقداً جائزاً غير لازم، فيجوز لكل واحد فسخه، بالاجماع.

وأنّه يشترط في المتعاقدين التكليف فلا يصحّ الايداع الآمن مكلّف، فلو أودع الصبي او المجنون يجب ردّها الى الولي، وكأنّه يكون حكمها حكم الامانة الشرعية، فيضمن القابض مطلقا، فرّط او لم يفرط، فلا يخرج من الضمان الّا بالرد الى الناظر في امرهما، فلو ردّه اليهما لايخرج عنه، قاله في التذكرة.

وكذا لايصحّ الّا عند مكلّف، لانّ غيره ليس من اهل الحفظ، فلو أودعا مالاً لم يضمنا، لانّ المالك سلّطه وعرّض ماله للتلف.

قال في التذكرة: ولو اتلف الصبي او المجنون، فالأقرب عندي أنّ عليهما الضمان، لأنّهما اتلفا مال الغير بالاكل او غيره فضمناه كغيره (كغير الوديعة ـ التذكرة)(٢).

ويؤيّده على اليد مااخذت حتى تؤدي(٣) ولكن ان صحّ فأعمّ، ويخصص لدليل.

---

(١) فانه مع الطلب لكان مستحباً.

(٢) انتهى كلام التذكرة ج ٢ ص ١٩٧.

(٣) تقدّم ذكره في ص ٢٥٠ من هذا الجزء، فراجع.

تبطل بالموت والجنون.

ويحتمل عدم الضمان مطلقا، لأنّ المالك سلّطهما على اتلاف ماله، كما لو اقرضهما او باعهما واقبضاهما، فاتلفاه لم يكن عليه ضمان، والاصل براءة الذمّة، ويحتمل التفصيل السابق، فتأمّل.

وقال ايضاً: لابد من كونهما جايزي التصرف، لامثل السفيه، ولكن قال: الاقرب عندي جواز استيداع المفلّس.

وهو حسن،اذ له صلاحية الاستيداع، فان الفرض ذلك، فانّ الفلس لايخرجه عن الاهليّة، وهو ظاهر.

فلو اخذ الوديعة من السفيه يجب ردّها الى الولي والناظر، كما في الصبّي والمجنون.

ولو أُودع يحتمل عدم ضمانه مطلقا، لأنّ المالك مفرّط في تسليطه، والضمان مطلقا(١) لحديث، على اليد مااخذت، ولأنّه قابل للامانة والحفظ، فان عدم حفظه لماله لايستلزم عدم حفظ مال الغير، والتفصيل الذي ذكره في الصبيّ والمجنون.

والظاهر أنّه لاينبغي هنا الحكم بالضمان مع الا تلاف، وقد مرّ في بحث الحجر، فتذكر.

ويجيىء هذه البحوث في العبد مع عدم اذن السيّد، والظاهر أنّ الضمان في صورته انّما يكون في رقبته يتبع به ولو كان مأذوناً في الاستيداع، قاله في التذكرة، فتأمّل.

قوله: تبطل بالموت الخ. وجه البطلان على تقدير كون الوديعة اذناً، واضح، وكذا على تقدير العقد ايضاً،فانّه جائز اجماعاً، ولأنّه عقد وكالة خاصّة، وقد

(١) يعني ويحتمل الضمان مطلقا.

....

ثبت بطلانه به، ولأنّ المال انتقل الى غيره بالموت، فلا يصحّ التصرف الّا باذن المالك، وهو الوارث.

وكذا بالجنون فانّه خرج عن صلاحية الاذن والتصرف، فهو كالميّت.

وكذا الاغماء، وجميع مايبطل به العقود الجائزة.

وعلى تقدير(١) البطلان يصير المال امانة شرعيّة في يد المستودع، ان كان الميّت او الخارج عن صلاحيّة الايداع هو المالك، فيمكن وجوب الردّ الى الوارث، والظاهر وجوبه او جوازه ان لم يعلم الانحصار فيه، ولايجوز مع الشّك في وجود وارث آخر.

دليل الاوّل، الاصل عدم وارث آخر، مع العلم باستحقاق الموجود، ولايعارض باصل عدم استحقاقه للكلّ، لانّ الاستحقاق واضح، ووجود (آخر-خ) مانع، غير ظاهر.

وظاهر كلام البعض عدم الوجوب، بل عدم الجواز، مع عدم العلم بالحصر (بالانحصار-خ)، وهو محل التأمّل.

وايضاً الظاهر انّه حينئذٍ يجوز الحمل(٢) للردّ، فلو تلف، لم يضمن، الّا مع التفريط.

(وأعْلِمَ ايضاً-خ) الظاهر أنّه لم يجب، ويجوز له الاعلام، فاذا طلب وجب الرّد، فاذا اعلم ايضاً، الظاهر أنّه لم يجب الّا بالطلب، لأنّه غير غاصب، ولكن لايتصرّف الّا للحفظ فقط.

وقال في شرح الشرايع: يجب المبادرة الى الرّد، ولافرق بين علم المالك

---

(١) في بعض النسخ المخطوطة: وبعد البطلان يصير الخ.

(٢) في بعض النسخ المخطوطة: النقل، بدل الحمل، ومعناه نقل الوديعة الى مالكها.

ولابد من ايجاب، وهو كل لفظ يدل على الاستنابة في الحفظ، ولايشترط القبول لفظاً.

ويجب حفظها مع القبول، بما جرت عادتها بالحفظ، ويختلف الحرز كالصندوق للثوب، والنقد، والاصطبل للدابة، واالمراح للشاة.

وعدمه، فيضمن بالتأخير مطلقا.

فتأمّل الّا ان يكون(١) مجمعاً عليه، والظاهر أنّه ليس كذلك، كأنّه اشار اليه في كنز العرفان.

وان كان(٢) المستودع وجب على وارثه دفعها الى المودع، فيكون في يده أمانة شرعيّة، فتأمّل.

قوله: ولابدّ من ايجاب (الايجاب ـ خ) الخ. بل كل مادلّ على الاستنابة في الحفظ، وقد مرّ تحقيقه، وعدم اشتراط اللفظ، فيه، وكذا في القبول بالطريق الاولى.

ويجب حفظها (الحفظ ـ خ) الخ. الظاهر أنّه لاخلاف في وجوب الحفظ بعد القبول مطلقا، لأنّه وفاء بالعقد، واتيان بالشرط، مع أنّ تركه مستلزم لتضييع المال المنهيّ عنه.

والعقل ايضاً يحكم به، لأنّه استأمن شخصاً(٣)(٤)، فقبل، فتركه اضاعة مال الغير بعد القبول وهو قبيح.

وكذا الحفظ بماجرى الحفظ به عادة، فانّ الأمور المطلقة الغير المعيّنة في

---

(١) يعني يكون وجوب المبادرة مجمعاً عليه، كما يظهر من عبارة المسالك بقوله: ولا فرق في ذلك (أي في وجوب الرّد بين علم المالك بانّها (الوديعة) عنده وعدمه) عندنا.

(٢) عطف على قوله قبل اسطر: ان كان الميّت او الخارج عن صلاحيّة الايداع هو المالك.

(٣) في التذكرة: ج٢ ص٢٠٣ زاد بعدها: قال الله تعالى: وما على المحسنين من سبيل.

(٤) وفي بعض النسخ استامنه شخص، وفي بعض آخر استأمن شخص.

....

الشرع يرجع فيها الى العادة والعرف، فمع عدم تعيين كيفيّة الحفظ يجب ان يحفظها على مايقتضي العرف حفظه مثل تلك الوديعة، بان يحفظ الدراهم في الصندوق، وكذا الثّياب، والدابّة في الاصطبل أي البيت الّذي هيّأها، والمراح للشّاة، أي الموضع الذي أعدّ لكونها فيه ليلاً، ونحو ذلك، فان خالف الي ادون(١) مافي العادة في الحرز أثم، وضمن، وفي المساوي ايضاً محتمل، بل في الأعلى ايضاً، فتأمّل.

ثمّ انّ في بعض هذه الامثلة تأمّلاً، اذ الدّراهم لاتحفظ دائماً في الصندوق، ولاالثياب، وهو ظاهر.

وامّا مع التعيين فيجب حفظها على ذلك الوجه.

قال في التذكرة: ويجب على المستودع اعتماد ماامره المالك في كيفيّة الحفظ، فاذا أمره بالحفظ على وجه مخصوص فعدل عنه الى وجه آخر وتلفت الوديعة، فان كان التلف بسبب الجهة المعدول اليها ضمن، وكانت المخالفة تقصيراً لأنّه لو راعى الوجه المأمور به لم يتحقق التلف ولو حصل التلف بسبب آخر فلا ضمان، هذا اذا لم يتحقق المستودع التلف لو امتثل الأمر، امّا اذا تحقّق التلف بالامتثال فخالف للاحتياط في الحفظ، فاتّفق التلف فلا ضمان لأنّه محسن، فلا سبيل اليه للاية(٢).

وحكم ايضاً، بانه لو فعل ما هو الأحرز، للاحتياط، لايضمن بذلك، وانْ كان مخالفاً لما عيّنه المالك، مثل ان قال: لاتخل (لاتحل-خ) الصندوق تحت رأسك، فوضعه، قال: فالأقرب عدم الضمان، ونقل عن بعض الشافعيّة وجهاً آخر بالضمان، وكذا عن مالك، لأنّ رقوده على الصندوق تنبيه على تعظيم لما فيه، وموهم للسارق بنفاسة مافيه، فيقصده، قال: وهو غلط.

---

(١) في النسختين، من النسخ فان خالف المأذون مافي العادة الخ.

(٢) التوبة: ٩٣.

....

ثمّ قال: وكذا الخلاف فيما لو قال: لا تقفل عليها فقفل، او قال: لا تقفل عليها الآ قفلاً واحداً فقفل قفلين، او قال: لا تغلق الباب (باب البيت-خ)، فغلق (فاغلق-خ)(١).

لاخفاء في أنّ هذا الكلام يدلّ على انّ مجرد المخالفة ليس بسبب للضمان بل هي مع التلف بسببها.

ويدلّ عليه ايضاً، مانقله عن التذكرة في شرح قوله:ويجب سق الدابة(٢).

وهذا غير بعيد للاصل، وللآية(٣)، والاخبار الكثيرة الصحيحة المعتبرة الدالة على عدم الضمان عموماً، كما سيجيء، وخرج ماتحقق التلف بسبب المخالفة لدليله، بقي الباقي تحته.

ولأنّه ماتلف بسببه فلا معنى لتضمينه، ومجرّد مخالفته التي لاتجوز-اذا لم تؤدّ اليه- لم يصر سبباً للضمان، للعقل، ولا نقل صريحاً ينافيه.

ولكن يظهر من شرحي القواعد والشرايع، ومن التذكرة وغيرها ايضاً خلاف ذلك، قال في التذكرة: اذا صارت الوديعة مضمونة على المستودع -إمّا بنقل الوديعة و (او-خ) اخراجها من الحرز او باستعمالها، كركوب الدابّة ولبس الثوب او بغيرها من اسباب الضمان، ثمّ انّه ترك الخيانة وردّ الوديعة الى مكانها وخلع الثوب- لم يبرأ بذلك عند علمائنا اجمع، ولم يزل عنه الضمان، ولم تعد أمانته، و به قال الشافعي، لأنّه ضمن الوديعة بعدوان، فوجب ان يبطل الاستيمان، كما لو جحد الوديعة، ثمّ أقرّبها، وقال ابوحنيفة: يزول عنه الضمان الخ(٤).

---

(١) التذكرة ج٢ ص٢٠٣ و ٢٠٤.

(٢) هكذا في جميع النسخ، ولا يخفى مافي هذا الكلام من الاجمال، فتذكّر.

(٣) مثل قوله تعالى: وما على المحسنين من سبيل (التوبة:٩٣) وتسميته امانة لمايجيء بخطه رحمه الله هكذا في هامش بعض النسخ المخطوطة.

(٤) التذكرة ج٢ ص١٩٨.

....

فبين ظاهر هذين الكلامين تدافع ظاهر، اذ فهم من الاوّل(١) انّ مخالفة المالك من حيث هوغير موجب للضمان، ومن الأخير (٢) يفهم أنها سبب للضمان(٣)

وقد قال إنّه تقصير وإنّه سبب للضمان، حيث قال: انّ السبب الجامع لموجبات الضمان هو التقصير ـ الى قوله ـ وهو سبعة الخامس المخالفة في الحفظ الخ.

وقال ايضاً: اعلم انّ الوديعة تستتبع امرين الضمان عند التلف، والرّد عند البقاء، لكنّ الضمان لايجب على الاطلاق، بل انما يجب عند وجود احد اسبابه، وينظمها شيء واحد، وهو التقصير ولو انتفى التقصير فلا ضمان، لانّ الاصل في الوديعة انّها امانة محضة، لايضمن بدون التعدى او التفريط، ثم نقل الاخبار من طريق العامة(٤) والخاصة منها حسنة زرارة أنّه سئل الصادق عليه السّلام عن وديعة الذهب والفضّة؟ قال فقال: كلّما كان من وديعة، ولم تكن مضمونة فلا تلزم(٥)، وحسنة الحلبي عن الصادق عليه السّلام، قال: صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان(٦)، وغيرها من الاخبار الكثيرة، ولأنّ الله تعالى سمّاها امانة، والضمان ينافي الامانة ـ الى قوله ـ ولم يظهر لهم مخالف فكان اجماعاً(٧).

وبالجملة ظاهر الأدلة يقتضي عدم الضمان الّا بالتلف، في صورة المخالفة ايضاً بسببها، وانها تعود أمانة، اذا عاد (عادت ـ خ) الى ماأمر به(٨) الّا ماثبت

(١) في نسخة من النسخ المخطوطة بدل قوله: اذا فهم من الاوّل ـ الى قوله ـ للضمان، هكذا: اذ مخالفة المالك في الحرز وترك سقي الدابة سبب للضمان، وقد قال أنّه تقصير الخ.

(٢) يعني ماتقدم من قوله: وحكم ايضاً انّه لو فعل ماهو الأحرز الخ.

(٣) يعني ماقاله اخيراً: اذا صارت الوديعة الخ. (٤) عن النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم: ليس على المستودع ضمان. السنن الكبرى: ج٦ ص٢٨٩ حديث٣ وفيه «ليس على المستوع المغل... الخ» وقال صلّى الله عليه وآله: من اودع وديعة فلا ضمان عليه. المصدر، حديث٢ وفيه «من استودع» وهوالصحيح.

(٥) و(٦) الوسائل الباب ٤ من ابواب الوديعة الرواية ٣ و ١. (٧) التذكرة ج٢ ص١٩٧ و ص١٩٨.

(٨) في النسخة المطبوعة: وأنّه يعود اميناً اذا عاد الى ماامر به الّا ماثبت الخ.

....

الخروج عنه، مثل الانكار ثمّ الاقرار، ونحو ذلك، الّا أن يثبت الاجماع الذي ذكره، بحيث لايكون بينه وبين غيره ـ مما نقلناه آنفاً وننقله ايضاً ـ منافاة، فتأمّل(١).

بان يقال: المقصود في الاوّل هو وضع اليد على غير وجه شرعي مثل الركوب واللبس، فانه لاشك انّه (ان ـ خ) يصير هذا اليد غير شرعي، لأنّه غير مأذون، فيكون ضامناً، حتى ثبت الأمان (الاذن ـ خ) من المالك، امّا بوضعه على يده، ثمّ الأخذ أمانة، او القول بهذا والضمان باليد ثانياً، واسقاط الضمان عل الاحتمال القريب، بخلاف الصورة المخالفة للمالك في الحرز، فانّه تقصير في الحفظ، وليس بتصرّف ووضع يد عدواناً، فتأمّل فيه.

وكذا التقصير بعدم السقي والعلف، فانّه ترك لافعل وضع لليد.

او يقال(٢) مخالفة المالك وعدم حفظها من اسباب الضمان مطلقا، والمقصود في الكليّة ذلك، فتأمّل فيه، ففيه مافيه.

ولا يدل على الكليّة رواية محمّد بن الحسن الصفار، قال: كتبت الى أبي محمّد عليه السّلام رجل دفع الى رجل وديعة فوضعها في منزل جاره فضاعت هل يجب عليه اذا خالف امره و(او ـ خ) اخرجها عن ملكه؟ فوقّع عليه السّلام، هو ضامن لها انشاءالله(٣).

---

(١) ويمكن ان يقال ـ في دفع المنافاة ـ انّ النقل عن الحرز الذي عيّنه المالك مطلقا ليس بتقصير ولا موجب للضمان بل اذا كان للمالك او نهى عنه، وامّا غيره فصرّح في التذكرة ـ في بحث النقل ـ انه يجوز حينئذٍ، ولاضمان، فيكون المراد بعدم الضمان هذا، وايضاً مطلق ترك علف الدابة ليس كذلك، بل اذا كان مدّة يجوز فيها الدابة فتأمّل منه رحمه الله (هكذا في هامش بعض النسخ المخطوطة).

(٢) الظاهر انه عطف على قوله: بان يقال المقصود الخ.

(٣) الوسائل الباب ٥ من ابواب الوديعة الرواية ١ وزاد فيه ـ كما في الفقيه والتهذيب ـ بعد قوله وديعة: وأمره أن يضعها في منزله او لم يأمره.

ولا يجب الحفظ، لو طرحها عنده من غير قبول، او اكره على القبض.

وهي صحيحة، لكنها مكاتبة، ولم تدلّ الّا على الضمان مع التلف في بيت جاره، مع مخالفته للمالك، وهو ظاهر وايضاً يدلّ كلام التذكرة السابق على أنّ المخالفة اذا كانت للاحتياط على الوجه الأولى بزعم الودعي، لايكون سبباً للضمان مطلقا.

وهو ايضاً محلّ التأمّل، لانّ المالك غير راض، بل نهى عن ذلك الفعل، فكيف لايكون ضامناً، خصوصاً اذا كانت المخالفة ممّا يمكن ان يكون هو السبب، كما اشار اليه مالك، فتأمّل.

وقال ايضاً في التذكرة: السبب الجامع لموجبات الضمان هو التقصير، فلابدّ من الاشارة الى مابه يصير المستودع مقصراً، وهي سبعة ينظمها مباحث، يذكر لكل سبب بحثاً.

الاول الانتفاع بالوديعة، مثل لبس الثوب وركوب الدابّة.

الثاني ايداعها من غير اذن.

الثالث نقل الوديعة كذلك.

الرابع التقصير في دفع مهلكات الوديعة.

الخامس المخالفة في كيفيّة الحفظ.

لعل السّادس والسابع الانكار والجحود والامتناع من الردّ وتأخيره.

وهذا الكلام صريح في كون المخالفة سبباً للتقصير، فيشكل التوجيه وتخصيصه بما اذا لم ير أنّه أحوط وأحرز، كما يظهر من ظاهر كلامه بعده، كما نقلناه من مخالفة نهى المالك عن وضع الصندوق تحت الرّاس، وغلق باب البيت ونحوهما.

قوله: ولا يجب الحفظ الخ. يعنى لو وضع المودع **الوديعة** عند شخص، يريد ايداعها ايّاه، بحيث فهم كون مراده الايداع، وهو ظاهر في مثل هذا المقام،

ويجب سقي الدابة وعلفها بنفسه و بغلامه، ولا يخرجها من منزله (منزلها ـ خ) للسقي، الّا مع الحاجة.

سيّما الاتيان بلفظ «ها» (شيء ـ خ) الراجع الى الوديعة، وماقبلها ذلك الشخص لم يجب على ذلك الشخص حفظها، ولم يصر بذلك ودعيّاً، وان لم يردّه ولم يتكلّم مالم يقبل قولاً او فعلاً، واذا قبل صار ودعيّاً، يجب عليه مايجب على الودعي، سواء وجد من المالك المودع لفظ صريح او تلويح واشارة مفهمة دالة على كونها وديعة، اذ قد عرفت انّ الايجاب والقبول ليسا بمنحصرين في اللّفظ الصريح، بل يجوز بالتلويح والاشارة والفعل، صرّح به في التذكرة وشرح الشرايع ايضاً.

على أنّ الظاهر من القبول هو القبول القولي، فقول شرح الشرايع في شرح هذه ـ المراد بالقبول هنا القبول الفعلي خاصّة ـ لانّ القبول اللفظي غير كاف في تحقق الوديعة قطعاً، بل لابدّ معه من الايجاب، ولم يحصل هنا بمجرد الطرح وأمّا الفعل فقد عرفت أنّه يجب معه الحفظ، سواء تحققت به الوديعة ام لا نظراً الى ثبوت حكم اليد، وحيث يحصل القبول الفعلي هنا أنّما يجب حفظها، لأنّها وديعة شرعيّة الخ ـ محلّ التأمّل ـ لمامرّ.

وايضاً اذا لم يكن وديعة يكون امانة شرعيّة يجب ردّها في الحال، وهو ظاهر، اذ وضع اليد على مال الغير على وجه شرعيّ ـ بدون اذن المالك ـ هو الامانة الشرعيّة على ماعرفته (على ماعرفت به ـ خ)، وقد فرض الطرح بحيث مافهم ان مراده به، حفظه عن طرحه عنده وان كان بعيد جدّاً، فاذا تصرف فيه بقصد الردّ والحفظ يجب حفظه، ويكون أمانة شرعيّة، فتأمّل.

وكذا لايجب الحفظ على من اكره على القبض، فان الوديعة بل مطلق وجوب حفظ مال الغير مقيّد بما اذا وضع اليد عليه من غير اكراه، خصوصاً عن المالك، وهو ظاهر، ففيه اشارة الى اشتراط الرّضا في القبول اللفظي والفعلي، فتأمّل

قوله: ويجب سقي الدابّة الخ. هذا من فروع السبب الرابع للضمّان

....

الّذي اشار اليه في التذكرة، قال: الرّابع التقصير في دفع المهلكات يجب على المستودع دفع مهلكات الوديعة، ومايوجب نقص ماليّتها، اذالحفظ واجب، ولايتمّ الّا بذلك، فلو استودع ثياب صوف وجب على المستودع نشرها وتعريضها للرّيح بمجرى العادة لئلا يفسدها الدوّد، ولو لم يندفع الفساد الّا بان يلبس وتعبق بها(١) رائحة الآدمي، وجب على المستودع لبسها، فان لم يفعل، ففسدت بترك اللبس او تعريض الثوب للرّيح كان ضامناً، سواء أمره المالك، او سكت عنه امّا لونهاه عن النشر وفعل مايحتاج اليه الحفظ، فامتنع من ذلك حتى فسدت، فعل مكروهاً ولا ضمان عليه، وبه قال اكثر الشافعية، ولهم وجه آخر(٢)، انّ عليه الضمان(٣).

الظاهر انّ مثل هذا الشخص الذي نهى عن فعل مايحتاج اليه في الحفظ سفيه، ان كان عالماً بالتلف، مع امتثال النهي(٤) فيجب حينئذٍ حفظ هذا المال، وفعل مايحتاج اليه الحفظ، الى ان يسلّم المال الى الناظر، ويجب مبادرة ذلك، كما (على ما ـ خ) يفهم من كلامهم، فانّه أمانة شرعيّة، في امثال ذلك، الّا ان يشترط فيه حكم الحاكم، فيحجره معه لابدونه، فيكون وديعة، وان كان جاهلاً، ينبغي اعلامه، وعلى تقدير عدم العلم والاعلام، وعلم الودعي(٥)، ينبغي وجوب الحفظ، وفعل مايحتاج اليه، والّا يلزم الضمان.

---

(١) العبق بالتحريك مصدر قولك عبق به الطيب من باب تعب عبقاً، لزق به وظهرت ريحه بثوبه او ببدنه فهو عبق (مجمع البحرين).

(٢) وفي جميع النسخ وجوه أخر، والصواب ماثبتناه، كما في التذكرة ايضاً.

(٣) التذكرة ج٢ ص٢٠٢.

(٤) في بعض النسخ المخطوطة: مع الانتهاء بالنهي بدل قوله: مع امتثال النهي.

(٥) يعني وعلى تقدير عدم علم المالك بالتلف عند عدم نشر الثوب مثلاً وعدم اعلام الودعي المالك وانّ الودعي يعلم بأنّ عدم نشر الثوب موجب للتلف ينبغي وجوب الحفظ.

....

وينبغي ان يكون الوجوب والضمان على الودعي، مع علمه وتقصيره عمداً عالماً، للاصل وعدم تكليف الغافل، وما تقدم من كونه اميناً غير ضامن بالآية والاخبار(١) الّا ماثبت بالاجماع، او بدليل غيره، وما نعرفه الا فيا قلناه.

ويحتمل ترتّب الضمان على التلف بالترك مطلقا، فانّه سبب، فلايحتاج الى العلم، كما هو ظاهر بعض العبارات، فتأمّل.

ثمّ انّ قوله: (فسدت بترك اللبس الخ) أنّه لو فسدت مع الترك، ـلابسبب الترك ـبان سرقت مثلاً ـ لم يكن ضامناً، وهو ايضاً خلاف ماسبق من الضابطة، فتأمّل.

واعلم أنه قال في التذكرة، في بحث الانتفاع: اما لونهاه المالك عن الاستعمال للحفظ، فامتنع حتى فسدت، لم يكن ضامناً ـالى قوله ـ: وهل يكون قد فعل حراماً؟ اشكال، أقربه ذلك، لانّ اضاعة المال منهيّ عنها، وعند الشافعي، أنه يكره(٢).

وينبغي التحريم في ترك النشر اولى(٣).

والظاهر عدمه مطلقا للاصل وعدم تمام دليله وهو ظاهر.

ثمّ قال: اذا كانت الوديعة دابّة او آدميّاً وجب على المستودع القيام بحراستها ومراعاتها وعلفها وسقيها، ثم لايخلو اما ان يأمره المالك بالعلف والسقي او نهاه (ينهاه ـخ) عنها او يطلق الايداع، فان أمره بالعلف والسقي وجب عليه فعلها ورعاية المأمور به، فان امتنع المستودع من ذلك، حتى مضت مدّة يموت مثل الدابّة في مثل تلك المدّة نظر، ان ماتت ضمنها، وان لم تمت دخلت في ضمانه، وان

(١) اما الآية فهي اشارة الى قوله تعالى: وما على المحسنين من سبيل التوبة:٩٣ واما الاخبار فراجع الوسائل الباب٤ من كتاب الوديعة ج١٣ ص٢٢٧.

(٢) التذكرة، ج٢ ص١٩٨.

(٣) يعني بطريق اولى.

....

نقصت ضمن النقصان، وتختلف المدة باختلاف الحيوان قوّة وضعفاً، فان ماتت قبل مضي تلك المدّة لم يضمنها، ان لم يكن بها جوع وعطش سابق، فان كان وهو عالم ضمن، وكذا لو كان جاهلاً، وللشافعية في الجاهل وجهان(١)، أظهرهما عندهم عدم الضمان، وعلى تقدير الضمان لهم وجهان هل يضمن الجميع او بالقسط، كما لو استأجر دابّة لحمل قدر فزاد عليه(٢).

واعلم انّ هذه الكلام ايضاً صريح في أنّ التقصير مطلقا لايوجب الضمان دائماً، بل مع التلف به ايضاً لم يضمن، اذا لم يكن التقصير متلفاً ومهلكاً عادة.

هذا اذا لم يكن الحكم بعدم الضمان هناك لاحتمال الموت بغير هذا السبب، بل لكونه (نادراً ـ خ) غير مهلك، والآ فلا، وقد مرّ مايدلّ على خلافه مع وجه الجمع، ومافيه، فتأمّل.

وأنّه ان كان مهلكاً غالباً ولم يهلك، هو موجب(٣) للضمان دائماً، للتلف والنقصان، وانّ الجوع(٤) السابق مع جهل المستودع به مثل العدم، فينبغي حينئذٍ عدم الضمّان، كما اذا ماتت قبل مضيّ تلك المدّة.

وبالجملة (لأنّه ـ خ ل) ان جعل الضمان مرتباً على التقصير بان يكون بعده ـ وان كان لشيء آخر فيه دخل (ام لا ـ خ) ـ فينبغي ان يحكم بالضمان ايضاً مع التلف بالتقصير دون المدة المذكورة، مع عدم عطش سابق وجوع كذلك، والآ فينبغي ان يكون ضامناً مع العلم لابدونه، لانّه حينئذٍ يصير مثل المدّة التي يعيش لم

---

(١) في التذكرة بعد قوله وجهان: كالوجهين فيما اذا حبس من به بعض الجوع، وهو لايعلم حتى مات، وأظهرهما الخ.

(٢) التذكرة ج٢ ص٢٠٢.

(٣) هكذا في جميع النسخ، ولعلّ الصواب، فهو موجب الخ.

(٤) هكذا في النسخة المطبوعة وفي جميع النسخ المخطوطة الرجوع بدل الجوع، والصواب ما اثبتناه.

....

يمت فيه عادة ويموت.

وبالجملة، ادلة عدم الضمان قويّة حتى يثبت الناقل، وعلى تقدير الضمان ينبغي التقسيط لادلة عدم الضمان، ولانّ الموجب هي (هما-خ) فتأمّل.

ثم قال: وان نهاه المالك عن العلف او السقي فتركها، كان عاصياً، لما فيه من تضييع المال المنهي عنه شرعاً، وهتك حرمة الرّوح، لأنّ الحيوان له حرمة في نفسه يجب احياؤه، ولحق الله عزّوجلّ، وفي الضمان اشكال، اقربه العدم، وهو قول اكثر الشافعيّة، كما لوّقال: اقتل دابّتي، فقتلها، وأمره برمي قماشه في البحر، فرماه، أو أمره بقتل عبده فقتله، فانّه يأثم ولاضمان عليه، كذا هنا(١).

دليل عدم الضمان ماتقدّم غير مرّة، ودليل الإثم مذكور، ولكن قد لايسلّم كون ترك علف دابة الغير، مع نهي صاحبه، تضييع مال منهي عنه.

ولهذا قال في التذكرة: لوترك النشر مع نهي المالك، لم يضمن، ولا يأثم، مع وجود التضييع مثل الحيوان، وكذا اذا قال: اطرح قماشي في البحر، فتأمّل.

نعم ان ثبت ذلك، فيدلّ على الاثم، وكذا قوله: (لأنّ الحيوان الخ).

لعلّ دليله الاجماع والعقل في الجملة، ويمكن الفرق بين ماذكره الشافعي من الرّمي وغيره وبين مانحن فيه، لأنّه هناك فعل، وهنا ترك فعل، وعدم تصرّف مال الغير.

ثمّ انّ الظاهر أنّ المالك سفيه فيجيء فيه حكم ايداع السفيه، فيبطل الّا ان يقال: باشتراط حكم الحاكم في حجر السفيه ومنعه عن التصرفات مطلقا، ولم يحجره الحاكم بعده، وأنّه يصحّ ايداعه بدونه، او يكون جاهلاً، أو أنّه معذور بان يكون النهي بسبب خاص من قبل (قبيل-خ) قولنج ونحوه، فتأمّل.

---

(١) التذكرة ج٢ ص٢٠٣.

....

ثمّ انّ الظاهر أنّ حكم الاطلاق، هو حكم الامر بالعلف والسقي، لوجوبه عليه، فكأنّه قال: وديعة عندك ، واعلفها، واسقها، و الامر الضمني هنا موجود، وحكمه حكم الصريح، اشار اليه في التذكرة.

ثمّ قال: لاخلاف في أنّه يجب على المستودع الانفاق على الدابّة والآدمي من ماله، لاصالة البرائة والتضرّر المنفي شرعاً، لكن ان دفع اليه المالك النفقة فذاك ، وان لم يدفع اليه، فان كان المالك قدامره **بعلفها** وسقيها رجع به عليه، لأنّه أمر باتلاف ماله فيما عاد نفعه اليه، فكان كما لو ضمن عنه مالاً بأمره، واداه عنه.

فيه تأمّل **اذ الامر** بهما اعمّ من الرّجوع، وفي الضمّان ايضاً ماأشرنا اليه، الّا ان يقال انّه اجماعي، فانّ العادة اقتضت ذلك فتأمّل.

وأمّا اذانهاه او لم يأمره، ولاينهاه، فان امكن الرّجوع اليه واخذ النفقة منه او من وكيله فذاك ، والّا جعل امره الى الحاكم، يفعل مايرى، وان لم **يمكن**، يمكن ان يجب على ماقالوه من الوجوب مع النهى ايضاً، فتأمّل، والرّجوع اليه مع قصد ذلك ، بل ينبغي **الاشهادعلى ذلك لوامكن**، وينبغي الرّجوع في صورة النهي ايضاً مع قصد الرّجوع، او ايجاب الانفاق.

ولكن استشكل في التذكرة، قال: ولو ترك المستودع الانفاق، مع اطلاق الاستيداع، ولم يرجع (ولم يرفعه-خ) الى الحاكم، ولم (ولا أنفق-خ) ينفق عليها، حتّى تلف، ضمن، ان كانت تلفت من ترك ذلك ، لأنّه تعدّى بتركه، وان تلفت في زمان، لايتلف في مثله لعدم العلف، لم يضمن، لأنّها لم تتلف بذلك ، ولو نهاه عن السّقي والعلف، لم يضمن بترك ذلك ، على ماتقدم من الخلاف وهل يرجع على المالك؟ اشكال، ينشأ من تبرّعه بالا نفاق وعدمه(١).

---

(١) التذكرة ج٢ ص٢٠٣.

وقد مرّ مثل هذه العبارة فيما تقدم، وقلنا انّها تدلّ على عدم الضمان بالتقصير مطلقا، بل اذا علم التلف به فقط، لا الاحتمال ايضاً.

والخلاف(١) اشارة الى قول بعض بالضمّان في هذه الصورة ايضاً، والاشكال في الرّجوع، مع وجوب الانفاق على المالك والمستودع بعيد، فينبغي الجزم بالرجوع على تقدير الايجاب، فتأمّل.

ثمّ قال: اذا احتاج المستودع الى اخراج الدابّة لعلفها او سقيها جاز له ذلك، لأنّ الحفظ متوقف (يتوقف-خ) عليه ولاضمان، ولا فرق في ذلك بين ان يكون الطريق أمناً او مخوفاً، اذا خاف التلف بترك السقي، واضطر الى اخراجها، وان (ولو-خ) اخرجها من غير ضرورة للعلف، فان كان الطريق أمناً لاخوف فيه وامكنه سقيها في موضعها، فالأقرب عدم الضمان، لاطراد العادة بذلك، وهو اظهر قولي الشافعيّة(٢) فع عدمه بالطريق الاولى، فلو قال: (وان امكنه)، لكان اولى، ولكن ماكان (أقرب) جيّداً، فكأنّه لذلك شرط(٣).

وكأنّه يريد بقوله: (واضطر) أنّ خوف التلف بترك السّقي اكثر من تلفه في الطريق لخوفه وايضاً انّ خلاف الأقرب قول بعض الشافعية وان كان الموجود في بعض ظاهر عبارات الاصحاب، مثل الكتاب أنّه لايخرجها من منزله للسقي، الا مع الحاجة، يدلّ على عدم جواز الاخراج الّا مع الضرورة والحاجة فيضمن، فكأنّه مقيّد بما قاله هنا من عدم الأمن او مع عدم العادة، بل كون العادة السقي في البيت او خوف التبرّد ونحو ذلك.

ثمّ قال: اذا تولّى المستودع السّقي والعلف بنفسه او امر به صاحبه او غلامه، وكان حاضراً لم تزل يده، فذاك، وان بعثها على يده السقي (للسقي-خ) او

---

(١) يعني في كلام العلامة قدّس سرّه في التذكرة.

(٢) و(٣) التذكرة ج٢ ص٢٠٣.

....

امره بعلفها، واخرج (اخراج-خ) الدابة من يده، فان لم يكن صاحبها (صاحبه-خ) اوغلامه اميناً ضمن، وان كان اميناً، فالاقرب عدم الضمان، لقضاء العادة بالاستنابة في ذلك، وهو اظهر وجهي الشافعي (الشافعيّة-خ)(۱)، فينبغي ان لايكون الخلاف في جواز السق والعلف بالاخراج بيد الغلام والصاحب مع العادة، وكون المستودع ممّن لايتعاطى مثله بنفسه، لأنّ ايداع مثله تجويز لذلك، وينبغي كذلك في جميع صور الايداع، في جميع الامور مثل حفظ المتاع بالليل وكنسه وبسطه ونشره الى الهواء ونحو ذلك.

وأنّه اذا كان هو حاضراً بنفسه ناظراً اليه بحيث يغيب عنه بحيث لايمكن(۲) الخيانة-.

لايكون فيه ايضاً ضمان واثم، للعادة والعلّة، وانّ مجرد وضع علف او ماء قدّامه ليس تصرفاً موجباً للضمان، بل المراد الاعطاء بيده، لذلك، كما يفهم من قوله: (اوامره بعلفها واخراج الدابة من يده) وماقبله.

والظاهر أنّه يريد بالأمين هنا الذي يوثق بأنّه لم يخن الوديعة، ولم يخالف ماأمر به غالباً وعادة، ويمكن ارادة العدل فيشكل الأمر.

ولعلّ المراد بالصاحب كل من يصلح لذلك.

والظاهر أنّه لايضرّ كون الوديعة في البيت محفوظاً (محرزاً-خ) مع وجود اهله واولاده فيه بحيث يرونها، وان كان في بعض الاوقات، وهم يكونون في بيت الوديعة فقط للعادة، بان كان بساطاً (فان تساهلاً-خ ل) مثلاً اذا كانت الوديعة محفوظة في البيت الذي هو حرزه، وفي البيت اهل الانسان واولاده، وقد يغيب

---

(۱) يعني قال: فان كان الطريق أمناً الخ.

(۲) في بعض النسخ: ولا يمكن الخيانة بدل بحيث لايمكن الخيانة.

....

عنهم للصلاة وللزيارة والضيافة، بل قد يكون الليل غائباً عنها، فيمكن ان لايضرّ مثله، للعادة، مع كون الاولاد والاهل اميناً، بالمعنى المتقدم، وعلى تقدير التلف لم يكن ضامناً، للعادة، وعدم تكليف اكثر من ذلك، فانّ التكليف لحفظ امر قليل -مثل بسط عتيق (عفيق-خ) بمثل هذا التكليف الخارج عن العادة بلا دليل واضح ونصّ-لايخلو عن اشكال، وسدّ لقبول الوديعة التي هي(١) من المصالح العامّة العظيمة.

وكذا القول لهم: افتح باب هذا البيت الذي فيه الوديعة بحضوره وغلقه وقفله، بل تسليم المفتاح الى امين للحفظ، بل للشك ان لايأخذ امتعة نفسه(٢) من البيت من دون ان تباشر الوديعة (ان يباشر الوديعة-خ) وان كان ظاهر بعض الامور يقتضي عدم ذلك كلّه، للشك والاحتياط في ذلك ان امكن، فتأمّل في امثال ماأشرنا اليه، مع أنّه يمكن، ولايبعد الضمان مع كونه جائزاً، ان كان ذلك سبباً فقط، للتلف، مع عدم ظهور اذن المالك بذلك، هذا.

وقال في شرح الشرائع: واعلم أنّه ليس مطلق الصندوق كافياً في الحرز، بل لابد منه من كونه محرزاً عن غيره، بان لايشاركه في البيت الذي فيه الصندوق، يدأخرى مع كون البيت محرزاً بالقفل ونحوه، او كون الصندوق محرزاً بالقفل كذلك، وكونه كبيراً لاينقل عادة الخ.

وانت تعلم أنّ الشريك مع حضور الودعي لايضرّ، وأنّه اذا كان الدار فيه تاس والبيت كذلك مع الصندوق، ويمكن فتح الباب وفتحه وكسره واخذ مافيه ممّا ذكره -مع أنّه صعب- لم يكف.

---

(١) هكذا في جميع النسخ والصواب هو، اذ الضمير يرجع الى قبول الوديعة كما لايخفى.

(٢) في بعض النسخ المخطوطة، بل لأخذ أمتعة نفسه بدل قوله: ان لايأخذ امتعة نفسه.

ولو اهمل ضمن الّا ان ينهاه المالك، فيزول الضمان، لاالتحريم.

ويمكن الاكتفاء بما قلناه للعادة، مع الأمانة، خصوصاً اذا كان معلوم من حال المودع الرّضا عليه وعدم ارادة الضبط الى هذا المقدار، وعدم معرفته، بانّ مثل هذا المقدار واجب، فتأمّل.

ثمّ قال: لونهاه عن العلف لعلّة تقتضي النهي، كالقولنج، وشبهه، فعلفها قبل زوال العلة فماتت، ضمن، لأنّه مفرّط.

هذا مع العلم بالعلّة ظاهر، ويمكن مع الجهل، حيث قصّر في التحقيق.

ثمّ قال العبد المودع، والأمة المودعة كالدابّة في جميع الاحكام(١).

يمكن عدم النزاع هنا في وجوب الانفاق مع النهي ايضاً، لحرمة الآدمي المسلم، الّا ان يكون كافراً، ففيه تأمّل وايجابهم الاطعام ـ وان اريد قتله من الحربي المسبي ـ يدل على ذلك هنا، بالطريق الاولى.

ثمّ قال: لو اودعه نخلاً، الاقرب انّ سقيه واجب، كماقلناه في الدابة، وهو احدوجهي الشافعية، وفي الثاني أنّه لايضمن بترك السقي، اذا لم يأمره بالسقي.

فيدل على أنّه يريد بالوجوب الاوّل الضمان او معه الضمان.

ودليل الضمان مع الترك انه ترك لحفظ الوديعة، فان حفظها بالسقي كالدابة، او الثوب الصوف من منع الدود، وتعريضه للرّيح ونحو ذلك مثل الكتب وجميع مايحتاج الى المراعات من السقي وغيره.

وانّ الظاهر مع النهي عدم الوجوب لعدم الرّوح، كمامرّ وعدم الضمان ايضاً بالطريق الاولى.

قوله: ولو اهمل ضمن الخ. ظاهر أنّه يصير بالتقصير ضامناً مطلقا، سواء

---

(١) في التذكرة، (ماتقدم) بدل (الأحكام).

ويقتصر على مايعيّنه المالك من الحرز.

تلف بذلك التقصير ام بغيره بعد مدّة، فيكون التعدي موجباً لكونه غاصباً وضامناً، دائماً ومطلقا، الّا ان ينهى عن العلف والسق، فيأثم، ولايضمن، وقد مرّ تفصيله وتحقيقه فتأمل.

قوله: ويقتصر على مايعيّنه الخ. اشارة الى الخامس الذي اشار اليه في التذكرة، بقوله: **الخامس في المخالفة في كيفية الحفظ الخ.**

قد مرّ انّه يجب حفظ الوديعة مع تعيين طريق له على حسب العادة، والذي افهمه انّ ذلك يختلف باختلاف المستودع والوديعة، اذا اودع بقراً او **غنماً** ممّن ليس شأنه **حفظهما بنفسه ولا باهله، بل إنّما يحفظها، راعيها** فالعادة جارية بان يسلّمها الى الراعي، فطريق حفظها ان يسلّم الى راعٍ لم يكن ظاهراً خائناً، كما يسلّم ماله اليه، فيكون الليل والنهار عنده.

وبالجملة كل مال يقتضي العادة تحفظه على نحو خاصّ لو استودع من شخص، لم يكن عليه حفظه اكثر من ذلك الطريق الذي يقتضي العادة مثله، بل الظاهر أنّه لو اودع شيئاً من شخص معيّن ليس من شأنه حفظه بنفسه، مثل السلطان، فيجوز له الحفظ بغلمانه ووكلائه وكذا باهله وولده ان كانوا من اهله.

ويؤيّده ماقال في شرح القواعد، بعد ان نقل انّ الاقرب أنّه يجوز الاخراج من يده للسقي بيد الغلام والصاحب مع الامانة وماقربه قريب وربما قيل، ان الوجهين مخصوصان بمن **يتولّى ذلك بنفسه، فامّا غيره فلا ضمان قطعاً، ولا يخلو عن وجه.**

وهذا كلام حسن جداً وبالجملة ايجاب اكثر ممّا يقتضيه العادة والعرف مشكل بل زيادة على مايحفظ العاقل الرشيد الضابط الغير **المسامح** في ماله بوجه.

وحينئذٍ يسهل قبول الوديعة في الجملة، والّا على مايفهم(١) من ظاهر

---

(١) يعني وان لم تقل في كيفيّة حفظ الوديعة بما يقتضيه العادة والعرف فلابدّ من المراجعة الى مايفهم ←

....

كلام الاصحاب، من جواز تسليمها للعلف والسقي ايضاً الى الغلام والصاحب، الّا مع الأمانة او كون الودعي معها، وان كان بعض العبارات مثل عبارة الشرايع مطلقة غير مقيّدة، ولكن قيّدها الشارح.

وايضاً قال: ايضاً، واعلم أنّه ليس مطلق الصندوق كافياً في الحفظ، بل لابدّ معه من كونه محرزاً عن غيره، الّا بان لايشاركه في البيت الذي فيه الصندوق يد أخرى، مع كون البيت محرزاً بالقفل ونحوه او كون الصندوق محرزاً بالقفل كذلك، وكونه كبيراً لاينقل عادة بحيث لايمكن سرقته كذلك مقفّلاً، وهكذا القول في الاصطبل والمراح وغيرهما.

مع انّي مافهمت كون الصندوق فقط محرزاً للدراهم والثياب.

وايضاً قال في التذكرة: لو كانت له خزانة مشتركة بينه وبين ابنه فدفع الوديعة ليضع (فيضيع ـ خ) في الخزانة المشتركة، فالاقرب الضمان، الّا اذا علم المالك بالحال.

وقال ايضاً: لايجوز ان يضع الوديعة في مكان مشترك بينه وبين غيره، وايضاً يشترطون عدم التصرف، وامكان دخول احد سوى الودعى على البيت الذي فيه الوديعة سواء في ذلك زوجته وولده والاجنبيّ، وأنّه لايجوز ان يكون لهم عليه يد، فلا يجوز أن يخلّى ساعة واحدة عندهم، مع انّ الانسان محتاج الى الخروج من بيته للمعاش، وهو ظاهر.

والظاهر أنّه لاكلام مع عدم كونهم أمناء او مع عدم جواز الايداع(١)،

من ظاهر كلام الاصحاب من جواز تسليمها الخ. وفي النسخة المطبوعة هكذا: والّا يصعب على مايفهم من ظاهر كلام الاصحاب الخ وعلى هذا لايحتاج الى ما كتبناه فتذكر.

(١) في بعض النسخ: او مع جواز الايداع.

....

الرّمي قاله ثلاثاً(١)وجه الاستدلال انّ الله تعالى امرنا باعداد الرّمي ورباط الخيل للحرب ولقاء العدو، والاعداد لذلك انما يحصل بالتعلّم، والنهاية في التعلّم المسابقة بذلك الخ(٢).

وانت تعلم ان لادلالة في الآية الاولى على العقد المطلوب، وعلى تقديره لا تدل على مشروعيّته، فان فعلهم ليس بحجّة، ومجرد عدم الانكار لايدل عليها، فانه ليس في وقت الفعل، وقد نقل في القرآن العزيز كثير من المنكرات بدون الانكار، وعلى تقديرها شَرع مَنْ قَبلَنا ليس بحجة علينا.

والآية الثانية، أبعد، وهو ظاهر.

واما السنّة فما روى (ماروى-خ) عن النبيّ صلّى الله عليه وآله، انّه قال: لاسبق الا في نصل اوخف اوحافر(٣)، والنصل يشمل النشاب، وهي للعجم، والسهم، وهو للعرب، والمزاريق(٤) وهي الرّدينيات(٥) والرّماح والسيوف، كل ذلك من النصل واسمه صادق على الجميع واما الخفّ فالابل والفيلة، واما الحافر فيشمل الخيل والبغال والحمير (الى قوله): ومن طريق الخاصة قولهم عليهم السّلام

---

(١) سمع عقبة بن عامر يقول: سمعت رسول الله صلّى الله عليه (وآله) وسلّم يقول وهو على المنبر: واعدوا لهم مااستطعتم من قوة، ألا ان القوّة الرمي، ألا ان القوة الرمي، ألا أن القوة الرمي مسند احمد ج٤ ص١٥٧ س١.

(٢) انتهى كلام التذكرة: ج٢ ص٣٥٣ وتمامه: ليكد كل واحد نفسه في بلوغ النهاية والحذق فيه انتهى موضع الحاجة من كلامه قدّس سرّه.

(٣) عوالي اللئالي ج٣، ص٢٦٥.

(٤) والمزراق من الرماح رمح قصير وهو اخف من العنزة وقد زرقه بالمزراق زرقاً اذا طعنه او رماه به، لسان العرب ج١٠ ص١٣٩.

(٥) الرّدينة: اسم امرأة والرماح الردينية منسوبة اليها الجوهري: القناة الردينية والرمح الرديني زعموا انه منسوب الى امرأة السمهري تسمّى ردينة وكانا يقوّمان القنا بخط حجر، الخ. لسان العرب ج١٣ ص١٧٨ لغة ردن.

فان نقل ضمن، الّا مع الخوف، او الى احرز، ولو قال: لا تنقلها كيف كان ضمن الّا مع الخوف وان قال: وان تلفت.

كمايظهر من عدم جواز تسليم الوديعة الى اهلها، ومع التعذّر الى الحاكم، ومع التعذر الى العدل، فيكون هو حينئذٍ ودعياً، وقد صرّح بعدم جوازه عند الاهل والولد والزوّجة كالاجنبيّ، الّا عند تعذّر المالك والحاكم والحاجة، مع كونهم أمناء كالاجنبيّ، وان كان ظاهر كلامهم من جواز التسليم الى الغلام للسقي والعلف مشعراً بذلك.

و كيف لا يجوز ذلك، فانّ عدمه يسدّ باب قبول الوديعة، فانّ المال الذي يحتاج الى الرّعي وحفظ الرّاعي كيف يكلّف به السلطان او رجل كبير حاكم او من اهل العلم او العاجز عن الرّعي، والحفظ في المراح، بهما، ولكن الاحتياط هو طريق السلامة، والله الهادي.

واما عدم جواز تغيير ما عيّنه المالك من الحرز فالظاهر عدم الجواز ولو الى الأحرز، وقوفاً في التصرف في مال الغير بما هو مأذون فيه يقيناً.

نعم لو علم بالقرائن أنّه يجوز التغيير الى المساوي بل الأدون ايضاً، ان علم أنّ غرضه من التعيين انّه احرز اوحرز او اباح له التصرف في ماله مطلقا، وعلى أي وجه اراده، فيجوز.

وكذا اذا علم التلف فيما عيّنه، وحينئذٍ ينقل، ولا يضمن لأنّه محسن ولاسبيل عليه(١) ولانه اقرب الى الحال التي هي احسن، ويجوز بالآية بل بالعقل ايضاً في مال اليتيم أنّ الاهتمام به اكثر بالعقل والنقل(٢).

قوله: فان نقل ضمن، الخ. يعني اذا نقل الوديعة الودعي عن الحرز

---

(١) اشارة الى قوله تعالى: وما على المحسنين من سبيل التوبة:٩٣.

(٢) اشارة الى قوله تعالى: ولا تقربوا مال اليتيم الّا بالتي هي أحسن.الانعام: ١٥٤.

....

الذي عينه المالك يصير بذلك ضامناً مطلقا.

والظاهر يكون آثما ايضاً، ولا يخلص عنه الآ بوضعه في يد المالك.

والظاهر أنّه يكفى الاسقاط والاذن في التصرف بعده، او الاعادة مرّة أُخرى، لانّ ذلك كلّه بمنزلة وضع يد المالك، ثم الاعطاء وقيل لابد من الأخذ ثم الاعطاء لانّ على اليد ما اخذت حتى تؤدّى(١) على تقدير تسليم سنده وعمومه، فان ذلك بمنزلة الاداء.

الّا ان يكون النقل للخوف عن التلف لو لم ينقل، فانّه حينئذٍ لم يضمن ولا يأثم، لأنّه محسن.

هذا مع العلم بأنّه يتلف لو لم ينقل، ظاهر، كعدمه مع الوهم والشك وامّا مع الظنّ، فالظاهر أنّه كالعلم لاشتراك الدليل، ولأنّ الغالب انّ حكمه حكمه.

وكذا لو نقل الى الاحرز، وقد مرّ البحث فيه، وانّ الظاهر الضمان حينئذٍ ايضاً، وهو مختار ابن ادريس بل الشيخ على ايضاً.

هذا اذا لم ينه، وأمّا اذا نهى، وقال: لا تنقلها، ضمن كيف كان، أي سواء نقل الى الأحرز ام لا.

ولايضمن حينئذٍ مع الخوف ايضاً، فانه لايضمن حينئذٍ بوجه، وان قال: لا تنقل، وان تلفت*وان حصل الخوف على تلفها، بل علم انّها تتلف مع عدم النقل وسلامته بدونه لمامرّ.

ولكن الظاهر حينئذٍ الضمان بل الاثم ايضاً، الّا مع العلم بالتلف مع علمه.

والظاهر انه لم يجب النقل حينئذٍ للاصل، ولانّ المالك قد يعرض عنه،

---

(١) سنن أبي داود ج٣ باب في تضمين العارية ص٢٩٦.

والمستودع امين لا يضمن بدون التفريط، ولا يأخذها منه قهراً.
ويجوز الحلف للظالم ويورّي.

ولا يجب على الغير حفظه والسعي في حفظه، فكذا هنا، اذ ليس باقلّ من الاعراض، وهو مثل ترك النشر في الثوب واللبس الذي هما سببان لحفظ الوديعة وبدونهما يتلف مع النهى، وقد مرّ من التذكرة، أنّه مكروه في موضع، والاشكال، والاقرب أنه حرام في آخر.

قوله: والمستودع امين الخ. قد مرّ ايضاً مايدلّ على أنّه أمين، ولا يضمن الّا بفعل مايجب تركه مثل الانتفاع بالوديعة، والايداع بغير الاذن، او بترك مايجب فعله، مثل ترك الحفظ والمراعات وترك السّق والعلف ونحوها.

ولا يضمن ايضاً اذا اخذ من يده قهراً، اذا لم يكن هو سبباً لذلك، كما لو سعى الى الظالم، وقال له(١)، ثم لم يقدر على منعه، حتى اخذه قهراً، لانّه مفرّط في الحفظ، فهو ضامن للتفريط والتقصير، والظالم ايضاً للأخذ، بخلاف مالو كان الساعى غيره، فان القابض يضمن فقط، دون السّاعى.

وكذا لو اخبر السارق فسرق، والظاهر انه في صورة ليس له دخل وسبب في الضمان لافرق في عدم ضمانه بين اخذ الظالم بيده من مكانه وبين امره قهراً، بان يسلمها الودعيّ اليه، فليس له الّا مطالبة الظالم، لا(٢) أنّه مخيّر بين مطالبة ايّهما شاء، الّا أنّ الودعي يرجع الى الظالم، ويستقرّ الضمان على الظالم دونه، لأنّه امين ماظهر منه سبب الضمان وخيانة بالفرض.

قوله: ويجوز الحلف للظالم ويورّى الخ. يعنى اذا احتاج الى اليمين بان ليس عنده مال فلان ليندفع الظالم بذلك يجوز هذا الحلف وليس بمحرّم، بل قد يجب، لأنّه سبب للحفظ، بل هو نفس الحفظ، وهو واجب، ولكن يورّى في الحلف، وكذا

---

(١) يعنى قال له: عندي امانة.
(٢) في النسختين في النسخ الّا، بدل لا، والصواب ماأثبتناه.

....

في كل كذب، اذا الجئ اليه بما يخرجه عن الكذب.

وينبغي ان يقصدمايمكن اطلاق اللفظ عليه بقرينة مجازاً، ان عرف وعلم، والّا يأتي بالكذب ويحلف عليه.

والظاهر ان لاخلاف فيه (في ذلك ـ خ) بين المسلمين، كالكذب واليمين المنقذين، لخلاص النبي عليه السّلام (صلّى الله عليه وآله ـ خ) عن القتل والأذى، بل المسلم الغير المستحق.

ولا يكون حينئذٍ هذا الكذب قبيحاً ولا مضراً، بل يصير واجباً ونفعاً محضاً، لا أنّه قبيح وضرر، ولكن يجب ارتكاب اقلّ القبيحين وأخفّ الضررين، و(اذ ـ خ) لاقبح ولا ضرر حينئذٍ، والّا يلزم اجتماع القبح والحسن والضرر والنفع في شيء واحد، فيلزم المدح والذّم، بل الثواب والعقاب في شيء واحد شخصي، وهو محال.

ويلزم العقاب على مثل انقاذه عليه السّلام (صلّى الله عليه وآله ـ خ) والالزام والايجاب ثم العقاب، وهو قبيح بديهة.

ولعل من قال ذلك(١) يريد أنّه باعتبار الاصل كان قبيحاً، فالآن ارتكب اقلّ القبيحين بذلك، وهو بعيد، لايحتاج الى قول ذلك وارتكابه.

على أنّه ذكر ذلك في جواب اعتراض من قال: انّ الكذب قبيح لذاته فلا يمكن حينئذٍ ردّه والمصير الى انّ الحسن والقبح لذاته او لأمر لازم لهما، كما يريد المجيب.

ومن هذا ظهر انّ المذهب الحق في الحسن والقبح العقليّين جواز استنادهما

---

(١) في هامش بعض النسخ المخطوطة هكذا: قاله سلطان المحققين خواجه نصير الملّة والدين والشهيد الثاني (منه رحمه الله).

ولا يصحّ وديعة غير العاقل، فيضمن القابض، ولا يبرأ بالردّ اليه، وان كان مميّزاً.

ولو اودع لم يضمن بالتفريط.

ويجوز السفر بها مع خوف الاقامة بها ولو ظهرت امارة الخوف في السفر لم يجز.

الى الوجوه والاعتبارات، كما قيل في لطم اليتيم، والّا يلزم عدم جواز النسخ(١)، وهو ظاهر، وتمام تحقيقه في الاصول.

قوله: ولا يصحّ وديعة غير العاقل الخ. بل غير الرشيد ايضاً، وقد مرّ تحقيقه، وأنّه يجب حينئذٍ تسليم الوديعة الى الولي، وأنّه لا يصح وضع الوديعة ايضاً عند غير العاقل الرّشيد، وأنّه لو تلف عنده لم يضمن، الّا أن يكون مميّزاً عاقلاً، واتلف، فيمكن ضمانه، وهو مختار التذكرة والشيخ علي، فتأمّل.

قوله: ولو اودع لم يضمن الخ. أي لو اودع غير العاقل لم يضمن بالتفريط، فقيد (بالتفريط) مشعر بأنّه يضمن بالاتلاف، وصرح به في التذكرة، وقد مرّ تفصيله.

قوله: ويجوز السفر بها الخ. يعني يجوز للودعيّ السفر (مع خوف تلفها بالاقامة بها، وهو ظاهر، وبدونه ايضاً ـ خ)، للاصل، ولانّ المنع ضرر منفي.

والظاهر أنّه غير مقيد بالضرورة والحاجة، لذلك(٢).

ويحتمل التقييد بها وبعدم امكان تسليمها الى المالك ووكيله، (والحاكم بل الثقة ـ خ)، لأنّه يستلزم إمّا السفر بها أو الايداع مع تعذّر التسليم، وكلاهما لا يجوز اختياراً بغير اذن المالك، صرّح به في شرح القواعد، ولكن قال: (الحاجة)(٣)، لم

---

(١) في بعض النسخ المخطوطة القبح بدل النسخ.

(٢) أي للاصل.

(٣) سيأتي نقل عبارة شرح القواعد.

....

اجد أي شيء، يراد بها في كلامهم.

ويفهم من التذكرة، أنّ السفر بالوديعة ليست بحاجة، ويفهم من شرح القواعد أنّه حاجة.

ويمكن ان يحال الى العرف كغيرها من الامور التي لا تعين لها في الشرع، فلو كان ضرورةوحاجة لايرتكب منها عرفاً للوديعة، يودع، والّا فلا.

والسفر الواجب(١) باصل الشرع للحج والنذر والنفقة واداء الدين وتحصيل العلوم الواجب وهو ضروريّ ومحلّ حاجة.

واذا اراد السفر فلا يجوز ان يسافر بها، فلابدّ ان يسلّمها الى المالك او وكيله، فان تعذّر فالى الحاكم.

قال في التذكرة: يجب عليه قبولها، لأنّه موضوع للمصالح.

قال في القواعد: والاقرب وجوب القبض على الحاكم، قال في شرحه: أي اذا جاء بالوديعة المستودع عند ارادة السفر والحاجة وجب عليه القبض ووجه القرب أنّه منصوب للمصالح، ولو لم يجب القبض فاتت المصلحة المطلوبة من نصبه، وهو الأصحّ ويحتمل ضعيفاً العدم تمسكاً باصالة البراءة(٢).

الظاهر أنّهم يريدون الوجوب العيني، والّا فالكفائي على كلّ احد، لاخصوصيّة له بالحاكم.

وفي كون الحاكم منصوباً لمثل هذه المصلحة منع، ودفعه (رفعه-خ) بالدليل غير ظاهر. بل هو منصوب للحكم والقضاء، ويمكن لحفظ مايتلف من مال الاطفال والغيّاب ايضاً، اذا لم يوجد من يحفظه، وهنا يمكنه الحفظ بنفسه بعدم

---

(١) يمكن ان يكون عطفاً على قوله: ان يحال، يعني ويمكن ان يراد السفر الواجب باصل الشرع.

(٢) انتهى كلام شارح القواعد ج١ ص٣٣٧ من الطبعة الحجرية.

....

السفر، الّا أن يكون ضرورياً، وبالايداع عند ثقة.

نعم لو تعذّر تعيّن عليه، كما لو تعذّر غير ثقة وحده (واحدة ـ خ) يجب عليه عندهم عيناً، وان لم يكن حاكماً، فلا فرق، فكون الاحتمال ضعيفاً، محل التأمّل.

ثمّ قال في القواعد: وكذا المديون والغاصب اذا حملا الدين و (أو ـ خ) الغصب اليه، قال الشارح: ولا يتقيّد(١) هذا بارادة السفر بالنسبة ولا الحصول الحاجة بالنسبة الى الغاصب، لأنّ يده يد عدوان، وينبغي ان يكون في المديون ذلك، لانّ براءة الذمة امر مطلوب، والمراد بقوله: وكذا الخ، المساواة بينهما وبين المستودع في وجوب القبول على الحاكم، اذا حملا المال اليه، ويحتمل عدم وجوب القبول، نظراً الى أنّ البقاء في يد الغاصب أعود على المالك، لكونه مضموناً في يده، وكذا المديون، لانّ الدين في ذمّته(٢).

ولا شك أنّه احوط، لو لم يكن معارضاً(٣) والظاهر ان ليس المراد بوجوب قبضه وقبوله، اعمّ من ان يقبض بنفسه ليصير (فيصير ـ خ) هو بنفسه الودعى، او يعين له اميناً يقبض بحكمه، لا بوكالته، فصار ذلك الأمين ودعيّاً، لا الحاكم، لانّ الحاكم لها(٤) مشاغل، وامثال هذه الامور كثيرة، فلا ينبغي تكليفه بنفسه، لأنّه قد يؤل الى العجز وتعطيله عن سائر الأشغال، فتأمّل، فان تعذر الحاكم بوجه يودعه من ثقة لاغير.

أمّا جواز الايداع فكأنّه للاجماع ودفع الحرج في الجملة، وأمّا عدمه عند غيره فكأنّه للاجماع ايضاً، ومارأيت فيها خلافاً، او لأنّه غير مأذون له من المالك، ولا من الشارع لعدم الوثوق بالحفظ، فيصير المال في معرض التلف، وحينئذٍ يجوز له

(١) في جميع النسخ (ولايبعد) بدل، (ولايتقيّد) والصواب ماأثبتناه، كما في شرح القواعد ايضاً.

(٢) انتهى كلام شارح القواعد ج١ ص٣٣٧.

(٣) وفي بعض النسخ، لو لم يكن له معارض.

(٤) هكذا في جميع النسخ، والصواب (له) بدل (لها).

....

ان يسافر بها، بل يجب مع أمن الطريق.

وكذا يجوز السفر بها مع خوف التلف في الاقامة بها، يعني اذا كان مع الاقامة بالوديعة خوف تلفها، يجوز السفر بها، ويمكن ايجابه حينئذٍ فانّه حفظ، والحفظ واجب، ويمكن عدمه، لأنّه مشقّة زائدة، الاصل عدم وجوبها.

هذا اذا لم يكن في السّر خوف، وأمّا اذا كان مشتركاً مطلقا مع التساوي وعدمه، ويحتمل مع التساوي او الرجحان لايجوز السفر بها واليه اشار بقوله: (ويجوز السفر الخ).

وقال في شرح القواعد، ثم الذي يراد بالسفر هنا لم اقف على تحديد، والمتبادر منه شرعاً قصد المسافة، فعلى هذا لايجب الردّ الّا بالخروج الى مسافة، وهو مشكل، لأنّه متى خرج المستودع من بلد الوديعة على وجه لايعدّ في يده عرفاً، يجب ان يقال أنّه ضامن، لأنّه اخرج الوديعة من يده فقصّر في حفظها فيضمن، وينبغي الجزم بانّ تردّده في البلد وحوله في المواضع التي لايعد الخروج اليها في العادة خروجاً عن البلد وانقطاعه عنه كالبساتين ونحوها، لايجب معه ردّ الوديعة، وتعذر المالك والحاكم والثقة يكفي فيه لزوم المشقة الكثيرة التي يعدّ ذلك معها في العادة متعذّراً، واذا لم يجد واحداً من المالك والحاكم والثقة لم يجزله السفر بها، ولا تركها في غيريد الثقة.

لكن يلوح من عبارة التذكرة أنّه اذا التزم خطر الضمان يجوز له السفر بها حيث خيّره بين امرين إمّا تأخير السفر او التزام الضمان.

هذا كلّه اذا لم يكن السفر ضروريّاً، ومع الضرورة وفقد الجميع يسافر بها ولا ضمان، اذ لاضرر ولاضرار.

ونقل في التذكرة على ذلك الاجماع(١).

---

(١) الى هنا كلام شارح القواعد ج١ ص٣٧٧.

....

واعلم أنّه ليس في الآيات والاخبار مايمنع السفر بالوديعة، ولا عدم السفر للودعي الّا بان يسلّمها الى المالك او الحاكم او يودعه عند ثقة، حتّى يجب علينا تحقيق السفر، بل هو كلام الفقهاء بل فقهاء العامة، ثم قاله الاصحاب ايضاً.

والّذي علم، أنه يجب حفظها على مايقتضيه العرف والعادة حفظ ذلك الشيء عن مثل هذا الشخص، كما اشرنا اليه، فيجوز له فعل كل شيء مالم يكن تركاً للحفظ عرفاً، ولايجب الكون عندها، بعد وضعها في الحرز.

قال في التذكرة: لو كان الحرز خارجاً عن داره التي يأوى اليها، وكان لايلاحظه، فان كان يشاركه غيره ضمن، والّا فلا.

فتأمّل فيه، فاذا كان السفر والخروج من بلدها بحيث لايقال عرفاً انه حافظ لها، فلا يجوز الخروج عنها الى ذلك الحدّ، والّا جاز وكذا كونها معه خارجاً الى الصحراء لاعمارة فيها، وفيها الانسان، ويحتمل وجود احد فيه يأخذ الوديعة عنها عرفاً، وقد يتفاوت ذلك في الوديعة والودعيّ والخروج والاقامة، فان الظاهر انّ الخروج من بلدها مع كونها محفوظا(١) في حرزها، مع عدم امكان دخول احد في تلك الدار غير الشخص الذي يحفظ الدار مع امكان تلفه من جهته و(او-خ) من غيره ايضاً، لامانع من الخروج، الّا أنّه لابد من الوصية والاعلام حتى ان مات لم يفت مال النّاس ولم يصر ارثاً، وكذا الخروج بها الى موضع لايمكن(٢) التلف فيه عادة فلا يصر اليه.

وفي البلد والخارج ايضاًمع الشرط المذكور وبدونه وكونه في معرض التلف مع كونه في حرز، بان يجيء احد يهتك الحرز، ويخرجه قهراً وجهراً او سرّاً، اذا لم يكن الودعي، لايجوز له الخروج الى الخارج، اذا كان موجباً لذلك، وكذلك الأخذ

(١) هكذا في جميع النسخ، والصواب محفوظة.

(٢) في بعض النسخ يمكن التلف فيه الخ.

....

معه، فلافرق بين البساتين والبلد والخارج، فتأمّل، فانّ الفرض ذلك على الظاهر، لأنّه لمّا كان الغالب الخطر في السفر دون الحضر، قالوا ذلك ، فتأمّل.

ولابد في جواز السفر مع الضمان حصول الغرض في الجملة من الجانبين مهما امكن.

ولكن ينبغي ان لايكون شيئاً يتعلق الغرض الكلّي بعينه، لابقيمته، مثل جارية نفيسة او قوس كذلك ، وبالجملة كل ما يكون حفظاً والمال في الحرز، يجوز فعله للودعي، وربّما يكون كون غيره عند الوديعة في حرز احفظ لها، بان يكون غيره شجاعاً يخاف منه الناس والحراميّة، والسراق، ودون الودعي العدل، مع عدم تسلّط الغير على الودعي معه والامر من جانبه من التصرف في الوديعة.

وكذا اذا كان السفر بها احفظ من عدمه، وكونه عند الوديعة، بان يكون سفراً معلوم الأمن، وكون المسافرين كلّهم امناء شجّاع من امن الطريق، بخلاف البلد، فانّهم لو سافر هؤلاء، وبقي السراق، ولا يقدر الودعي مقاومتهم، مع كون المال في الحرز، فينبغي ان يجعل الضابطة هو الحفظ والحرز بنظره وعلمه، ومع ذلك لايبعد كون ذلك مع الضمان بالشرط المذكور فتأمّل.

ويتفاوت بالنظر الى المالك المودع ايضاً ، وقد مرّ الى الكل اشارة فتذكر.

وممّا يؤيّد انّ نظرهم الى ما قلناه، أنّهم قالوا: حرز الدراهم هو الصندوق، مع انا نجد انّ التّفن اولى له حرزاً.

وقد نبهوا ايضاً على ذلك ، حيث قالوا: لو اراد السفر فدفنها ضمن، الّا أن يخاف المعاجلة، أي معاجلة السراق الى الوديعة، او معاجلة الرفقاء في السفر عن الودعي ، والاوّل أظهر.

وقالوا: هذا اذا لم يعلم احداً، وأمّا اذا أعلم ثقة وكان ساكناً في الموضع

ولو انكر الوديعة ـ اوادّعى التلف، او الردّ على اشكال، او عدم التفريط او قدر القيمة ـ فالقول قوله مع اليمين.

ولا يبرأ لو فرط بالردّ الى الحرز.

الذي دفن فيه الدراهم، بحيث يكون يده عليه وتعذّر الحاكم والثقة معه بعد المالك، جاز من غير ضمان، لأنّه كالايداع.

وهذا دليل على كون الدفن حرزاً، وهو ظاهر، ولكن ينبغي ان يكون شيئاً لايفسده الدفن، كالدراهم، وهو ظاهر.

قوله: ولو انكر الوديعة الخ. الظاهر ان لا اشكال في أنّ القول قوله، اذا انكر الوديعة، لأنّه منكر محض، وكذا القول قوله في التلف، سواء كان ادّعى بسبب ظاهر او خفي، لأنّه امين في الآية والاخبار بل الاجماع(١).

والظاهر ان لاخلاف فيه ايضاً، ـ وان كان خلاف الاصل ـ للآية والاخبار وسيجيء بعضها في العارية ايضاً.

ولأنّه لو لم يكن كذلك ينسدّ باب قبول الوديعة، ففي ذلك حكمة بالغة.

وانما الاشكال المذكور في كون القول قوله في الردّ، فانّ اصل العدم ـ مع عدم الاجماع هنا ـ دليل العدم، بل يكون عليه البيّنة وعلى المالك اليمين بعدم الأخذ.

ولكن الاكثر وظاهر الآية بانه امين، والاخبار كذلك، وبأنّه ليس بضمان(٢) و(٣) يؤيد الاوّل فتأمّل.

قوله: ولا يبرأ لو فرّط الخ. أي لو فرط في الوديعة، بان ترك مايجب، ويوجب الضمان، او فعل ما يحرم كذلك، ضمن وأثم، ومثل ان اخرجه من الحرز

---

(١) لعله اشارة الى قوله تعالى: وما على المحسنين من سبيل. التوبة: ٩٣ وأمّا الاخبار فراجع الوسائل كتاب الوديعة ج١٣ ص٢٢١.

(٢) ولعل الصواب، ليس بضامن.

(٣) هكذا في جميع النسخ، والظاهر زيادة كلمة واو كما لايخفى.

ويبرأ بالردّ الى المالك، أووكيله او الحاكم مع الحاجة، او الى ثقة معها، اذا فقد الحاكم.

ولو دفعها الى الثقة مع قدرته عليه، أو على المالك، ضمن.

الذي عينه المالك لابسبب، بل عدوان او بقصد الخيانة، لايبرأ من ذلك الآ بالرّد الى الحرز التامّ الذي لاقصور فيه بوجه مّا، لأنّه ضمن، والاصل بقائه.

وقد مرّ تفصيله، وأنّه يبرأ بالتسليم الى المالك او الوكيل، ومع علمهما الى الحاكم، ومع علمه الى الثقة.

وقد مرّ أنّه يبرأ بالاسقاط والايداع ثانياً، والاذن في الحفظ، واختاره في التذكرة وفي القواعد وغيرهما، وأنّه احوط.

قوله: ويبرأ بالرّد الخ. يحتمل ان يكون من تتمّة ماسبقه، وان يكون اوّل المسألة، وهو الأظهر، وقد مرّ تفصيله.

قوله: ولو دفعها الى الثقة الخ. أي لو خالف الترتيب السابق، بان أعطى الحاكم مع امكان المالك او وكيله، ضمن مع الحاجة وعدمها، وكذا الى الثقة، وكذا لو اعطاها مع امكان الحاكم او المالك او الوكيل، ضمن، قدمرّ الكلّ.

وهذا اشارة الى السبب الثاني الموجب للضمان، وهو الايداع الذي ذكره في التذكرة.

قال: اذا اودع المستودع الوديعة غيره، فان كان باذن المالك فلا ضمان عليه اجماعاً، لانتفاء العدوان، وان لم يكن باذن المالك، فلا يخلو ان يودع من غير عذر او بعذر (لعذر-خ)، فان اودع من غير عذر ضمن اجماعاً، لأنّ المالك لم يرض بيد غيره وأمانته، ولافرق في ذلك الغير عبده او زوجته او ولده او اجنبيّاً عند علمائنا اجمع الخ(١).

---

(١) التذكرة ج٢ ص١٩٩.

....

وكأنّ السفر المطلق عذر مما يفهم من كلامهم أنهم(١) لايشترطون في السفر الحاجة والضرورة، بل يجوزون السفر، فيودع حينئذٍ.

وان المراد اذا لم يدلّ لفظ او قرينة على جواز وضعها عند غيره، بل يحفظها بنفسه فقط، كما دلّ عليه قوله: (لان المالك لم يرض) فلو فهم رضاه بأيّ شيء كان، كما اذا اودع دواب عند امرأة غير برزة مستورة، فانّه ظاهر جواز حفظها بغيرها ممّن ترضى تلك المرأة،فانّ المرأة ماتقدر ان تحفظها وترعاها وتسقيها وتعلفها بنفسها، وهو ظاهر.

وامّا الايداع عند الغير بان يقلع نفسه عن الوديعة بالكليّة ويكون الغير الودعيّ، فعلوم أنّه لايجوز مالم يأذن المالك، فتأمّل.

وايضاً اذا أودعه من الغير، فتلف، ضمّن الدافع والمدفوع اليه، فله ان يرجع على أيّهما شاء، ولكن لو رجع على الاوّل لم يرجع على الثاني، بخلاف العكس.

وهذا مع جهل الثاني لابأس به، ومع علمه كالغاصب، على أنّه قد يناقش في الاوّل في الرّجوع الى الثاني مطلقا(٢)، فتأمّل.

وقال ايضاً لو عزم الودعي على السفر كان له ذلك، ولم يلزم المقام لحفظ الوديعة، لأنه يتبرّع (متبرّع ـ خ) بامساكها الخ.

كأنّه يريد: مع امكان الدفع الى المالك او الوكيل او الحاكم او الثقة بالترتيب المتقدم.

كأنّه لاخلاف فيه، والّا فيشكل السفر بها وبدونها.

وايضاً قال: إنّه يجب قبول الوديعة كفائياً، فيكون متبرّعاً.

---

(١) لعل الصواب، فانّهم لايشترطون.

(٢) في بعض النسخ المخطوطة زاد بعد قوله: مطلقا: هكذا يفهم من ظواهر كلامهم.

ولو اراد السفر، فدفنها ضمن، الا مع خوف المسارعة.

وكأنّه لمّا كان كفائيّاً كان متبرّعاً، فتأمّل.

وقال: ان سافر بها مع امكان دفعها الى احد المذكورين بالترتيب، ضمن عند علمائنا اجمع، سواء كان السفر مخوفاً او أمناً (فتأمّل ـ خ).

وقال ايضاً: اذا سافر بها مع الاضطرار، بان يضطرّ الى السفر، وليس في البلد حاكم ولا ثقة، ولم يجد المالك ولا وكيله، او اتفق الجلاء لاهل البلد او وقع حريق او غارة او نهب، ولم يجد المالك ولا وكيله ولا الحاكم ولا العدل، سافر بها، ولا ضمان عليه اجماعاً.

قوله: ولواراد السفرفدفنها الخ. قد مرّ شرحه، قال في التذكرة، لوعزم المستودع على السفر، فدفن الوديعة، ثمّ سافر ضمنها، ان كان قد دفن في غير حرز، وان دفنها في منزله في حرز، ولم يعلم بها احداً، ضمنها ايضاً(١)، لأنّه ربما هلك في سفره فلا يصل صاحبها اليها، وان اعلم بها غيره، فان كان غير امين ضمن ايضاً، لأنّه قد زادها تضيعاً، وان كان اميناً، فان لم يكن ساكناً في الموضع ضمنها، لأنّه لم يودعها عنده، وان كان ساكناً في الموضع، فان كان ذلك مع عدم صاحبها والحاكم جاز لأنّ الموضع ومافيه، في يد الأمين والاعلام (فالاعلام ـ خ) كالايداع، وهو اظهر وجهي الشافعيّة، والثاني أنّه يضمن، لأنّه اعلام لا ايداع، وان كان مع القدرة على صاحبها اووكيله(٢) ضمن، وان كان مع القدرة على الحاكم فعلى الوجهين السابقين(٣).

والوجه الثاني للشافعي يُرى أوجه، لأنّ الايداع يستلزم ايجاب الحفظ والقبول، على ماقالوه، بخلاف الاعلام، اذ حينئذٍ غير معلوم وجوب الحفظ وقبوله،

---

(١) زاد في التذكرة بعد قوله: ايضاً: لأنّه غرربها.

(٢) هكذا في التذكرة، وفي جميع النسخ: وان كان مع القدرة على المالك او الوكيل الخ.

(٣) انتهى كلام التذكرة ج٢ ص٢٠٠.

....

الّا ان يدلّ قرينة على انّ المراد من الاعلام الايداع، وفهم وقبل(١).

او (و ـ خ) قيل انّ السكون في الحرز(٢) مع العلم بما فيه مستلزم لليد عليه، فدخل في يده، فيجب، عليه الحفظ، مع أنّه لايحتاج الى حفظ كثير، وحينئذٍ لاوجه للثاني، فتأمّل.

وايضاً عبارة التذكرة هنا خالية عن استثناء خوف المسارعة، فلا فرق بين صورة خوف معاجلة السراق الى سرقتها او معاجلة الرفقة(٣) الى السفر، فيلزم كون الودعى بلا رفيق، مع اضطراره الى السفر وعدمها (عدمها ـ خ) وان كانت عبارة المصنف خالية عن الضرورة والحاجة الى السفر.

الّا ان يقال في صورة الخوف اذا ترك الاعلام، او كون الدفع في الحرز او مسكن الّذي اعلمه لايضمن، او كان هناك مالك او وكيله او الحاكم او الامين(٤).

الا ان يقال لخوف المعاجلة، ترك ذلك كلّه، ودفن، فلا يضمن حينئذٍ، الّا ان يتمكن من الاعلام وغيره ممّاشرط لعدم الضمان، ثم ترك، فيضمن، فتأمّل.

قال في التذكرة: بعد ماتقدّم ـ واذا دفن الوديعة في غير حرز عند ارادة السفر ضمن، على ماتقدّم، الّا ان يخاف عليها المعاجلة، وكذايضمن(٥) لو دفنها في حرز ولم يعلم بها اميناً اوْ اعلم اميناً حيث لايجوز الايداع عند الامين(٦).

---

(١) يعنى وفهم الثقة أنّ مراده من الاعلام هو الايداع وقبل الايداع.

(٢) اشارة الى قوله في التذكرة: وان كان ساكناً في الموضع ضمنها.

(٣) في بعض النسخ، الرجعة بدل الرفقة، والصواب ما اثبتناه.

(٤) يعنى لو حصل احد هذه الامور لم يكن الآخر ضامناً.

(٥) هكذا في التذكرة، وفي جميع النسخ: وكذا لم يضمن الخ والصواب مااثبتناه.

(٦) انتهى كلام التذكره ج٢ ص٢٠٠.

ولو ادعى الاذن في الدفع الى غير المالك.

ولايخفى انّ المتبادر من هذه العبارة انّ المراد بالمعاجلة معاجلة السراق عليها، كما فهم الشيخ علي، وان المراد بقوله: (وكذا يضمن الخ) الّا مع خوف المعاجلة، فتأمّل.

ثم قال: كما يجوز ايداع الغير لعذر السفر، كذا يجوز لساير الأعذار، كما وقع في البقعة حريق -الى قوله- او اشرف الحرز على الخراب، ولم يجد حرزاً ينقلها اليه، ثم قال: لو اودعه حالة السفر فسافر بها، او كان المستودع منتجعاً فانتجع بها، فلا ضمان، لانّ المالك رضى به حيث اودعه، فكان له ادامة السفر والسّير بالوديعة(١).

قال في القاموس المنتجع المنزل في طلب الكلاء، ظاهرها يعمّ كل سفر، والدليل لايدلّ الّا على السفر الذي سلّمه (يسلّمه-خ) فيه، فافهم(٢).

قوله: ولو ادّعى الاذن في الدفع الخ. يعني اذا ادّعى المستودع انّ المالك اذن له في الايداع والتسليم الى غيره، وانكره المالك، فالقول قول المالك، وضمن المستودع.

وينبغي كون ذلك مع يمين المالك، للاصل، ولانّ المالك منكر، والمستودع مدّع، وقد ثبت على المدّعى البينة وعلى المنكر اليمين.

ويحتمل كون القول قول المستودع بالادلة السابقة الدالة على كونه اميناً، لكون القول قوله في الرّد اليه والى وكيله، ومختار المصنف الاوّل الذي هو الأظهر.

وهذا اشارة الى أنّ أحد اسباب الضمان هو الايداع بغير اذنه، وقد مرّ تفصيله.

---

(١) انتهى كلام التذكرة ج٢ ص٢٠١.

(٢) يعني أن المستفاد من الدليل جواز السفر بالوديعة اذا اودعه حالة السفر، وامّا جواز السفر بالوديعة فهو غير مستفاد من الدليل.

او أنكرها فقامت عليه البيّنة، وادّعى التلف.

او أخّر الإحراز مع المكنة.

قوله: او انكرها فقامت الخ. اشارة الى انّ أحد أسباب الضمان هو انكار الوديعة وجحودها، فانّه بذلك يصير خائناً فخرج عن الامانة فصار ضامناً، فاذا ادّعى عليه الوديعة، فانكرها، ثم اثبت عليه بالبيّنة الشرعيّة، فادّعى التلف، ضمن، لأنّه خائن، فلا يسمع دعوى المستودع بالتلف مع البيّنة وعدمها.

وكأنّه نقل عن ابن الجنيد في شرح القواعد القول بقبول دعواه (دعواها ـ خ) بدون البينة ايضاً، لاحتمال كون الانكار لنسيان وسهو، ونحوه.

وعن المصنف(١) القول بأنّه ان طلب اليمين عن (على ـ خ) الغريم له ذلك، قيل لأنّه ان لم يحلف ينفع المستودع، فيكلّف به، ورضى به الشيخ عليّ ايضاً.

ولا يبعد السماع(٢)، للاصل والامانة وعدم ثبوت الضمان والخيانة بالكلية، خصوصاً اذا أظهر (ظهر ـ خ) وجهاً (وجه ـ خ) لانكاره معقولاً (معقول ـ خ) فتأمّل.

هذا اذا كان الجحود بلفظ الانكار للوديعة، واما اذا كان بمثل قوله: لايلزمني ردّ شيء اليك، ثم اثبت (عليه ـ خ) الوديعة، فادّعى التلف، يسمع قوله بلابيّنة، وهو ظاهر.

قوله: أو اخّر الاحراز مع المكنة الخ. هذا ايضاً اشارة الى سبب الضمان وهو التأخير في الاحراز مع المكنة، أي اذا أخّر الاحراز مع القدرة على التعجيل.

الظاهر انّ المراد التأخير زائداً على المتعارف، وأمّا اذا كان تأخيراً قليلاً في الجملة، على الوجه المتعارف، فليس بموجب للضمان، بخلاف التأخير الخارج عن

(١) في بعض النسخ هكذا: ونحوه عن المصنف، بدون لفظة (واو).

(٢) في النسختين المخطوطتين: ويبعد السماع.

او سلم الى زوجته.
او أخّر دفعها مع الطلب، والامكان.

العادة، فانّه موجب للضمان.

قوله: اوسلّم إلى زوجته الخ. اشارة الى أنّ الايداع بغير اذن المالك موجب للضمان، وان كان قريب الودعي، مثل زوجته او ولده.

اشارة الى ردّ بعض العامّة من أنّه اذا كان قريب الانسان مثل الزوّجة والولد وكان ثقة، فليس الايداع موجباً للضمان.

وقال في التذكرة: فان اودع من غير عذر ضمن اجماعاً، ولا فرق بين ان يكون ذلك الغير عبده او زوجته او ولده او اجنبياً، عند علمائنا أجمع، وصرّح في موضع آخر من التذكرة والقواعد ايضاً بالايداع(١) يضمن ايضاً، ان دفعها الى الحاكم والامين (ايضا ـ خ) أي العدل من غير عذر.

وحينئذٍ علم أنّه لايجوز الايداع الى ثقة عدل بغير عذر، وذلك موجب للضمان، وقد مرّ تفصيله ايضاً.

قوله: او أخر دفعها مع الطلب والامكان، أي كذا يضمن لو تأخر دفع الوديعة الى المالك مع طلبها، وكذا الى وكيله.

وقد احتمل الضمان لو أخر بعد ان قال: أعطه لوكيل المالك من غير طلب الوكيل.

لعلّ دليل الوجوب أنّه حق مضيّق للآدمي، والآية(٢) والأخبار الدالة على وجوب ردّ الامانة الى اهلها(٣) والامر للفور هنا، كأنّه للاجماع، وكأنّه هو دليل اصل الحكم ايضاً.

---

(١) هكذا في جميع النسخ، والصواب، أنّه بالايداع يضمن ايضاً.

(٢) قال الله تعالى: إنّ الله يأمركم أن تؤدو الأمانات إلى أهلها، النّساء: ٦٢.

(٣) راجع الوسائل الباب١ و ٢ و ٣ من ابواب الوديعة.

....

وامّا دليل الضمان فكأنّه الاجماع، وانّ التقصير موجب للضمان.

ولعلّ مرادهم بالتأخير هو مايصدق عليه ذلك، قال في القواعد: وليس استتمام غرض النفس كمن كان في حمّام أوعلى طعام عذراً قال شارحه: لأنّ اداء الامانة واجب مضيّق، فلايجوز التشاغل عنه بمثل هذه الاشياء، ومن ذلك صلاة النافلة والفريضة، اذا لم يكن في اثنائها، ولم يتضيّق الوقت، وهو الذي اختاره في آخر كلامه في التذكرة، ويجب عليه الذهاب بمجرى العادة، وهذا كلّه اذا كان الأداء ممكناً، فتى أخّر حيث لايجوز له التأخير، ضمن(١).

هذا صريح في انّ المراد بالتأخير مطلق التأخير، ولو كان قليلاً، فليس التأخير عرفياً، كما قيل في الشفعة وغيرها، فتأمّل.

وما رأيت ماذكره في التذكرة، وكان في نسختي بياضا، فكأنّه في ذلك البياض.

وفيه دلالة على اتمام الصلاة الفريضة، لو حصل الطلب بعد الشروع مطلقا، في سعة الوقت وضيقه، فانّ قطع الفريضة حرام بالنّص والاجماع.

وكذا يدلّ على عدم تحريم الشروع فيها اذا كان الوقت مضيقاً لايسع اداء كلّها في الوقت، الا بترك الوديعة.

ويدلّ ايضاً على وجوب قطع النافلة مطلقا، فكأنّ كلّ ذلك للاجماع للجمع بين الحقين، الصلاة في الأداء وردّ الوديعة، اذ لاوقت له اداء، فتأمّل.

ويدلّ على عدم جواز الشروع فيها في سعة الوقت، بل ساير العبادات المنافية لردّ الوديعة، بل ساير الحقوق المضيّقة الفوريّة، كما هو مذهب المصنّف، فدلّ على أنّ الأمر بالشيء يدلّ على النهى عن ضدّه الخاص، فانّ مع سعة الوقت يجب

---

(١) انتهى كلام شارح القواعد ج١ ص٣٤٠ من الطبعة الحجريّة.

او فرط بطرحها (فطرحها ـ خ) في غير الحرز، او ترك سقي الدابة، او نشر الثوب.

تقديم حق الآدميّ مطلقا، وديعة ام لا، زمانيّة وغيرها، لفورية وجوب الجمع بين الحقين مهما امكن، مع عدم خروج احدهما عن وقته فمنع(١) وجوب ردّ الوديعة حين الشروع في الصلاة ـ وكذا منع وجوب سائر الحقوق الآدميّين المضيقة، كما فعله الشارح في كتاب الدين ـ بعيد، فتكون الصلاة حينئذٍ باطلة، لأنّ النهى في العبادة يدل على الفساد، كما ثبت في الاصول، فثبت بطلان الصلوة في بسعة الوقت، مع حق الآدمي المضيّق، كما هورأى المصنف وجماعة، بل عند الشارح ايضاً.

فسقط (فيسقط ـ خ) قول الشارح بأنّ الأمر بالشيء لايستلزم النهى عن ضدّه الخاص، بل ضدّه العام فقط(٢)، وبأنّه لايسلّم وجوب الرّد حينئذٍ، اذ الصلاة ايضاً واجبة كالأداء، فيكون الاداء واجباً فوريّاً في غير وقت الصلوة مطلقاً، وأنّ الصلوة مع السعة صحيحة، وكذا سائر العبادات مع المنافات على هذا الوجه.

فكأنّ الشارح هنا رجع عن قوله، وقال بقول المصنف، او انّ مراده بيان رأى المصنف لا رأيه، لكن ينبغي الاشارة اليه، لأنّه يفهم منه فتواه، وقد مرّ البحث في هذه المسألة (في هذا الكتاب خ) مراراً(٣)، فتذكر وتأمّل.

قوله: او فرّط بطرحها الخ. اشارة الى سبب آخر موجب للضمان، وهو التقصير في الحفظ، امّا بترك وضعها في الحرز المقرّر، بل وضعها في غيره، وقد مر تفصيله ايضاً، وامّا بترك دفع مهلكاته بمثل سقي الدابّة وعلفها، ونشر الثوب الى الهواء، لدفع مايفسده من الدود ونحو ذلك.

وقد مرّ تفصيل ذلك ايضاً في التذكرة، وأنّه يضمن بالترك ولو مرة مطلقا

---

(١) في جميع النسخ، فمع بدل (فمنع) والصواب ما اثبتناه.

(٢) يعني بل يستلزم النهي عن ضدّه العام فقط.

(٣) راجع كتاب الطهارة والصلاة من مجمع الفائدة.

او سافر بها مع الامن و(أو-خ) الخوف.

(او بعض مرة-خ) سواء تلف أولم يتلف، وعاد الى فعل مايجب عليه (ام لا-خ)، ولأنّ عدم(١) التقصير مطلقاحرام وموجب للضمان بالاجماع، واذا ضمن لم يسقط بالرّجوع الى الامانة مالم يؤدّها الى المالك او وكيله او ابرأه او اودعه مرّة أخرى على الأصح.

وقد مرّ ماينافي ذلك ايضاً، بان قال: لوترك السقي وعلفها مدّة لايموت الدابّة في تلك المدّة، فاتت، لم يضمنها ان لم يكن لها جوع وعطش سابق، وأنّه يجب سقي الدابة وعلفها، وان نهاه المالك، فلوترك، فعل حراماً لمافيه من تضييع المال المنهى عنه.

وفيه منع ظاهر، ولهذا قال: قيل في مثل هذه المسألة بعينها: لوترك نشر الثوب، فتلف، فعل مكروهاً.

نعم يتمّ قوله: وهتك حرمة الروح، لانّ للحيوان حرمة في نفسه يجب احيائه لحق الله تعالى، ان ثبت ذلك بالاجماع ونحوه، ثمّ قال، في الضمان اشكال، والاقرب عدمه، وكذا لوترك النشر واللبس المصلح الذي يتوقف عليه الحفظ فعل حراماً، وصار ضامناً، الّا ان ينهاه المالك، فاستشكل في الضمان وأفتى بالتحريم في بحث الانتفاع (وبالكراهة-خ) في دفع المهلكات(٢).

والظاهر الكراهة مع عدم الضمان، لعدم الدليل، والاصل، وقد مرّ مفصّلاً.

قوله: او سافر مع الأمن والخوف الخ. أي لو سافر بالوديعة ضمن وعصى، سواء كان في السفر خوف ام لا، بل يكون أمناً، فانّ مجرد السفر بها تقصير

(١) هكذا في جميع النسخ، والصواب اسقاط لفظة (عدم) كما لايخفى.

(٢) زاد في النسخة المطبوعة بعد قوله: في دفع المهلكات، كنشر الثوب.

....

في حفظها، لانّ السفر محلّ الخطر.

كأنّه لاخلاف (عندهم ـ خ) في ذلك، وفي التذكرة: في الحديث انّ المسافر ومتاعه لعلى فلت: الّا ماوقى الله.

كأنّه من طريق العامّة(١).

قال في التذكرة: ولا يجوز للمستودع اذا عزم على السفر ان يسافر بالوديعة، بل يجب دفعها الى صاحبها او وكيله الخاص في الاسترداد او العام في الجميع، وان لم يوجد، دفعها الى الحاكم، فان تعذّر الحاكم دفعها الى الأمين، فان سافر بها مع القدرة على صاحبها او الحاكم او الأمين ضمن عند علمائنا اجمع، سواء كان السفر مخوفاً او غير مخوف(٢).

وقال فيها ايضاً، لو عزم المستودع على السفر كان له ذلك ولم يلزمه المقام لحفظ الوديعة، ولا يكلّف تأخير السفر.

وقال في موضع آخر: كما يجوز الايداع لعذر السفر، يجوز لساير الاعذار.

والظاهر ان ذلك مع وجود من يسلّمها اليه من المالك ووكيله او الحالكم او الامين، كما اشار اليه في التذكرة وسننقلها، ثمّ ذكر دفعها الى المالك او غيره بالترتيب الذي تقدّم.

وقال: لو خالف الترتيب ضمن، فيحتمل ان يكون المراد هنا ان يسافر وترك، واودعها على غير ذلك الترتيب المتقدّم الذي يجوز ويسقط (مسقط ـ خ) للضمان، سواء كان في بلد الايداع الأمن او الخوف، والظاهر الاوّل.

نعم لو سافر بها مع الأمن في السفر والخوف في الحضر، او سافر بها مع

---

(١) لم نقف عليه مع الفحص الشديد، ولعل عبارة الحديث هكذا: انّ المسافر ومتاعه لعلى خطر الخ ويمكن ان تكون: لعلى فلت الخ.

(٢) التذكرة ج٢ ص٢٠٠.

....

عدم من يجوز الايداع عنده ـ ممّن تقدم، بل يوجد غير العدل الذي قد ذكره في التذكرة وغيرها: أنّه لو اودع عنده، وسافر، يضمن بالاجماع، وكان مضطراً الى السفر ـ لم يضمن ايضاً(١).

قال: لو اضطر المستودع الى السفر بالوديعة ـ بان يضطر الى السفر، وليس في البلد حاكم ولا ثقة، ولم يجد المالك ولا وكيله، او اتفق جلاء لاهل البلد، او وقع حريق او غارة او نهب، ولم يجد المالك ولا وكيله ولا العدل ـ سافر بها، ولاضمان عليه اجماعاً لأنّ حفظها حينئذٍ في السّفر بها، والحفظ واجب، فاذا لم يتمّ الّا بالسفر بها، كان السفر بها واجباً، ولا نعلم فيه خلافاً(٢).

هذا فيما اذا كان السفر غير مخوف ظاهراً، امّا مع الخوف ولا سيّما مع الخوف الراجح على خوف البلد او المساوي لوضعها في البلد إمّا بدفعها او وضعها عند غير العدل، بحيث يكون له ديانة، بحيث يظن او يعلم حفظه، اذ قد يوجد مثله كثيراً.

وبالجملة، اذا كان الدفن احفظ، لايسافر بها، واذا وجد من كان الوثوق بحفظ الوديعة في يده اكثر من كونه في يد المستودع في السفر، لايبعد حينئذٍ تجويز ايداعها، بل وجوبه في بعض الاحيان، خصوصاً اذا كان المستودع ايضاً غير عدل، وكون أمانة المستودع الثاني اكثر منه او مساوياً، او رضى المودع بكونه في يد مثله، بل اقلّ امانة، فالعمل بامثال هذه القرائن، او علم منه جواز الايداع بوجه غير بعيد بل الظاهر أنّه متعيّن، ومقدّم على السفر بها مع الخوف الغالب او المساوى، بل مطلق الخوف، فتأمّل.

---

(١) الظاهر انّ قوله: لم يضمن جواب لقوله: لو سافر بها الخ وما في بعض النسخ المخطوطة: ولو كان مضطراً الى السفر الخ، بزيادة لفظة (لو) غير صحيح، كما لايخفى.

(٢) التذكرة ج٢ ص٢٠٠.

....

ثمّ قال: أمّا لو عزم على السفر من غير ضرورة في وقت السلامة وأمن البلد وعجز عن المالك ووكيله وعن الحاكم والامين فسافر بها، فالاقرب الضمان، لأنّه التزم الحفظ في الحضر، فليؤخّر السفر، أو يلتزم (ليلتزم ـ خ) خطر الضمان، وهو احد وجهي الشافعية، والثاني أنّه لاضمان عليه، والّا لزم أن ينقطع عن السفر، ويتعطل فيه مصالحه، وفيه تنفير عن قبول الودايع، وشرطوا لجواز السفر بها أمن الطريق، والّا فيضمن، وأمّا عند وقوع الحريق ونحوه، فانّا نقول: اذا كان احتمال الهلاك في الحضر اقرب منه في السفر، فله ان يسافر بها.

ولو كان الطريق أمناً فحدث خوف اقام، ولو هجم القطاع فألق المال في مضيقة (مضيعة ـ خ) اخفاء له، فضاع، فعليه الضمان(١).

اعلم أنّه قد علم ممّا تقدم من التذكرة، أنّه يجوز من غير ضمان ـ الظاهر بلاخلاف ـ السفر للمستودع من غير ضرورة، اذا امكنه ردّ الوديعة الى أحد ممّن تقدّم.

وأنّه لايجوز الايداع بغير سفر الّا لعذر، ولكن العذر مجمل، كأنّه المتعارف الذي يعدّه العرف عذراً.

وكذا عدم العدول من المالك ووكيله الى الحاكم ومنه وأمينه الى العدل مع التعذّر والمشقّة.

والظاهر أنّ ذلك ايضاً عرفي.

وأنّه اذا لم يمكنه ذلك، فالاقرب أنّه يضمن بالسفر بها، اذا لم يكن السفر ضرورياً.

وأنّه لو التزم الضمان جاز سفره، فلا يكون عاصيا بسفره (لسفره ـ خ)

---

(١) التذكرة: ج٢ ص٢٠٠.

....

لحصول الغرض، وهذا غير بعيد اذا لم يكن الوديعة ممّا يتعلق الغرض بعينها، وهو ظاهر.

وحينئذٍ يمكن ان يجوز الايداع وغيره من فعل أسباب الضمان مع ذلك، والّا فالفرق غير ظاهر.

وأنّ الوجه الثاني للشافعيّة غير بعيد، على أنّه لاصراحة في أخذ الوديعة بانّه يحفظها في الحضر فقط.

وأنّ في قوله: (وأمّاعندوقوع الحريق الخ)تنبيه لما قدّمناه في قوله: (آنفاً): وبالجملة وقبله الخ.

وأنّ قوله: (اقام)، مقيّد (يقيّد ـ خ) بالامكان وعدم الضرّر، وبما اذا كان محلّ الاقامة أكثر حفظاً او مساوياً للسفر الّذي حدث فيه الخوف.

وأعلم ايضاً أنّ المراد بالسفر الممنوع بالوديعة هو الى البرّ والصحراء والمحل الذي ليس فيه عمارة وليس بمسكن للانسان، كما يدل عليه عبارة التذكرة.

قال: اذا اودعه في قرية فنقلها المستودع الى قرية اخرى،فان اتّصلت القريتان وكانت المنقول اليها احرز اوساوت الاولى في الامن والخوف بينهما(١) فالاقرب عدم الضمان، مع احتماله، لانّ الظاهر من الايداع في قرية عدم رضا المالك بنقلها عنها، وان لم يتصّل القريتان، فالاقرب الضمان، سواء كان الطريق أمناً او مخوفاً، وهو احد وجهي الشافعية، لان حدوث (حصول ـ خ) الخوف في الصحراء غير بعيد، وأظهرهما عندهم عدم الضمان مع الأمن، وثبوته لامعه، كما لو لم يكن بينهما مسافة، بل اتصلت القريتان (العمارتان ـ خ) وقال اكثر الشافعيّة ان كان بين القريتين مسافة يسمّى (سمّى ـ خ) المشى فيها سفراً، ضمن بالسّفر بها ـ الى أن قال ـ: وهو

(١) هكذا في جيع النسخ، وفي التذكرة: في الأمن ولاخوف بينهما.

او لبس الثوب او ركب الدابّة.

يقتضي انّ السفر بالوديعة انّما يوجب الضمان بشرط طول السفر، وهو بعيد عندهم، لانّ خطر السّفر لايتعلق بالطول والقصر الخ(١).

وظاهرها يدلّ على أنّ حدّ السفر في هذا المقام ـ سواء كان الذي سافر بها بالوديعة او يسافر عن الوديعة ـ هو الخروج الى الصحراء، لاغير.

ففيما قدمناه من كلام شارح القواعد ـ في شرح قوله(٢): ويجوز السفر بها الخ ثمّ ماالذي(٣) يراد بالسفر هنا، لم اقف له على تحديد، والمتبادر منه شرعاً قصد المسافة (السّفر ـ خ) ـ محل التأمل، الّا ان يريد السفر الذي يجوز ان يسافر عن الوديعة، ولايجوز، ولكن قوله: (وينبغي الجزم بأنّ تردّده في البلد، وحوله الخ) يدلّ على أنّ بحثه فيما يسافر عنها وبها ايضاً، وهو على أنّه قد مرّ أن لانص على التعليق بعدم السفر عندنا، حتى نحقّقه (يتحقق ـ خ) بل هو في كلامهم.

فالضابط عندنا هو مايخرج به عن كونه ودعيّاً، ومسلّطاً على الوديعة وحفظها، والخروج بها الى الصحراء، ومحلّ التلف في البريّة وعدم العمارة، بحيث يكون محلّ الخطر في الجملة، كما يفهم من قول التذكرة هنا، فهو مؤيّد لما ذكرناه سابقاً عند نقل كلام شارح القواعد، فتذكر، وتأمّل.

قوله: او لبس الثوب الخ. اشارة الى سبب الضمان الذي هو الانتفاع

---

(١) التذكرة ج٢ ص٢٠١.

(٢) يعني عند قول المصنف هنا، لا في القواعد.

(٣) عبارة شرح القواعد هكذا: ثمّ ما الذي يراد بالسفرهنا؟ لم اقف له على تحديد والمتبادر منه شرعاً قصد المسافة، فعلى هذا لايجب الردّ الّا بالخروج الى مسافة، وهو مشكل لأنّه متى خرج المستودع من بلد الوديعة ـ على وجه لايعدّ في يده عرفاً ـ يجب ان يقال: انّه ضامن، لأنّه اخرج الوديعة من يده وقصر في حفظها، فيضمن، وينبغي الجزم بانّ تردّده في البلد وحوله في المواضع التي لايعدّ الخروج اليها في العادة خروجاً عن البلد وانقطاعه عنه كالبساتين ونحوها، لايجب معه ردّ الوديعة، وتعذر المالك، والحاكم يكفي فيه لزوم المشقة الكثيرة الخ ج١ ص٣٣٧ من الطبعة الحجرية.

....

بالوديعة، من غير اذن المالك، ولا على وجه الحفظ او مصلحة الوديعة.

قال في التذكرة: فلو استودع ثوباً، فلبسه، او دابّة فركبها او جارية فاستخدمها، او كتاباً فنظر فيه او نسخ منه، أوخاتماًفوضعه في اصبعه للتزين به (للتزيين به ـ خ) لاللحفظ، فكل ذلك وما اشبهه خيانة توجب التضمين عند فقهاء الاسلام، لا نعلم فيه خلافاً(١).

يفهم منه أنّ مجرّد النظر والنسخ من كتاب الغير تصرّف في الكتاب، وان لم يفتحه، ولم يضع يده عليه، بل فتحه المالك، فلا يبعد تحريم النظر الى جارية الغير في المرآة والماء وكذا الاجنبيّة الحرة، فتأمّل، فيحتاج الى الاذن، ولايجوز بدونه، وأنّه ليس مثل الجلوس تحت ظلّ حائط الغير، والاستضائة بضوئه، فتأمّل.

ثمّ قال: هذا اذا انتفى السبب المبيح للاستعمال، امّا اذاوجد السبب المبيح للاستعمال، لم يجب الضمان، وذلك بان يلبس الثوب الصوف الّذي يفسده الدّود للحفظ، فان مثله(٢) يجب على المستودع نشرها وتعريضها للرّيح، بل يجب لبسها اذا لم يندفع الّا بان يلبسها وتعبق(٣) بها رائحة الآدميّ، ولو لم يفعل ففسدت، كان عليه الضمان، سواء أذن المالك او سكت لانّ الحفظ واجب، ولايتمّ الا بالاستعمال، فيكون الاستعمال واجباً، لأنّ ما لايتم الواجب المطلق الّا به، وكان مقدوراً للمكلّف، فانّه يكون واجباً، امّا لونهاه المالك عن الاستعمال للحفظ، فامتنع، حتى فسدت لم يكن ضامناً، وهو أظهر قولي الشافعيّة، ولهم قول آخر أنّه يكون ضامناً، والمعتمد الاوّل، وهل يكون قد فعل حراماً؟ اشكال، أقربه

---

(١) التذكرة ج٢ ص ١٩٨.

(٢) في التذكرة: فانّ مثل هذه الثياب يجب الخ.

(٣) العَبق بالتحريك مصدر قولك: عبق به الطيب، من باب تعب، عبقاً لزق به وظهرت ريحه بثوبه او ببدنه، فهو عبق (مجمع البحرين).

....

ذلك ، لانّ اضاعة المال منهي عنها، وعند الشافعي يكره(١).

وقد عرفت أنّه قال في بحث دفع المهلكات أنّه فعل مكروهاً، كما قال به الشافعي، وانّ الظاهر ذلك ، اذ ليس ترك حفظه مال الغير بنهيه اضاعة محرّمة، وهو ظاهر.

ويحتمل بعيداً ان يكون المراد، هل المالك بالنهي فعل حراماً؟ اشكال أقربه ذلك ، وهو بعيد لفظاً ومعنى، الّا أنّه يرتفع به التنافي بين كلاميه.

الّا ان يقال: الكراهة قول الشافعية، لا قوله، كما اشار اليه هناك ، ولكنّه بعيد، لايحتمل كلامه ذلك ، فارجع اليه، لأنّه قال: ففسدت بترك اللبس او تعريض الثوب للريح كان ضامناً، سواء امره المالك ، او سكت عنه، أما لونهاه عن النشر وفعل مايحتاج اليه الحفظ، فامتنع من ذلك حتى فسدت، فعل مكروهاً، ولاضمان عليه وبه قال اكثر الشافعية، ولهم وجه آخر انّ الضمان عليه.

ثمّ قال: هذا اذا علم المستودع، امّا لو لم يعلم، فان كان في صندوق او كيس مشدود ولم يعلم المالك به(٢) فلا ضمان على المستودع اجماعاً(٣).

ويمكن ان يكون مع علمه بما في الصندوق، ولكن مع عدم علمه بانّ مثل ذلك الشيء يحتاج الى النشر والتعريض للهواء، بل مع علمه ونسيانه ايضاً، كما مرّت اليه الاشارة، للاصل، وعدم صدق الخيانة والا تلاف، اذ ترك الحفظ جاهلاً او ناسياً ليس بخيانة، ولا اتلاف، وهو ظاهر، فيسمع قوله فيه مع اليمين، والّا تعذّر قبول الوديعة، فتأمّل.

ثم قال: ولو احتاج حفظ الدابّة المودعة (الموودعة ـ خ) الى ان يركبها

---

(١) التذكرة ج٢ ص١٩٨.

(٢) في التذكرة ولم يعلمه المالك به.

(٣) انتهى كلام التذكرة ج٢ ص١٩٨.

....

المستودع إمّا ان يخرج بها الى السقي او الرّعي، وكانت لا تنقاد الّا بالرّكوب، فلاضمان لعدم التعدي والتفريط، ولو كانت الدابّة تنقاد بغير ركوب، فركب ضمن الّا مع عجزه عن سقيها او رعيها بدون ركوبها، فانه يجوز ولاضمان(١).

وهذا صريح في جواز الاخراج للسّقي والعلف، وينبغي ان يجوز الركوب مع عدم العجز ايضاً، ان كان الموضع بعيداً بحيث العادة تقضي بانّ مثل هذه المسافة لا تسقى الدابة ولا تعلف الّا بالركوب غالباً بل اذا كان المستودع ممّن لايتعارف عدم ركوبه في مثل هذه المسافة ينبغي ان يجوز له مع عدم الضمان، وقيل في موضع آخر أنّه يجوز الركوب لازالة جموحها(٢) للسقي.

وقال ايضاً في التذكرة: اذا اخذ المستودع الدراهم المودعة عنده ليصرفها الى حاجته او اخذ الثوب ليلبسه، او اخرج الدابّة (من مكانها ـ خ) ليركبها، ثمّ لم يستعمل(٣) ضمن.

وكأنّه ظاهر، لانّ الاخراج على هذا القصد خيانة، فوضع يده على مال الغير خيانة وعدواناً(٤) من غير امانة، فيكون ضامناً.

امّا لو نوى الاخذ خيانة، ولم يأخذ، او نوى الاستعمال، ولم يستعمل، ففي الضمان اشكال، ينشأ من أنه لم يحدث في الوديعة فعلاً وقولاً، فلا (فلم ـ خ) يضمن، ومن أنّه قصد الخيانة، فصار خائناً، ولا أمانة للخائن، فيكون خائناً

(١) التذكرة ج٢ ص١٩٨.

(٢) من جمح أي اسرع، يقال: جمح في اثره أي اسرع اسراعاً لايردّه شيء، ومنه فرس جموح، للذي اذا ذهب في عدوه لم يردّه شيء (مجمع البحرين).

(٣) هكذا في التذكرة (ج٢ ص١٩٨) وفي جميع النسخ «ثمّ استعمل ضمن» والصواب ما في التذكرة، كما اثبتناه.

(٤) هكذا في جميع النسخ والصواب عدوان بالضم.

....

ضامناً(١).

والظاهر العدم، لمامرّ، والفرق بينها وبين اللقطة، حيث يضمن بقصد الخيانة أنه بمجرّد قصده ونيّته يصير اميناً، فبمجرّد ذلك يصير خائناً، فتأمّل.

ثمّ قال: لو اخذ الوديعة من المالك بقصد (على قصد ـ خ) الخيانة، فالاقوى الضمان، لأنّها لم يقبضها على سبيل الامانة(٢).

فيده يد خيانة، لا أمانة، فلا يكون أميناً، بل خائناً ضامناً، فتأمّل فيه.

والفرق بينه وبين الأخذ بقصد الامانة بمجرّد نية الامانة ظاهر.

نعم قصده بمجرّد الردّ الى المالك مع الطلب مثل الاوّل، فالظاهر عدم الضمان، بل هنا أولى، ألا ان يكون طولب وأخر فيجب الضمان(٣) فتأمّل.

ثم قال ايضاً: لو فتح رأس صندوق المالك ليأخذ مافيه من الثوب والدرهم، ولم يكن عليه قفل، ولاختم، فالاقرب عدم الضمان، وان كسر القفل، وفضّ الختم من الكيس، فالاقوى الضمان لمافيه، فان خرق الكيس، فان كان

---

(١) هذاملخّص مافي التذكرة، وينبغي نقل مافي التذكرة قال: لونوى الأخذولم يأخذ، او نوى الاستعمال ولم يستعمل ففي الضمان اشكال، ينشأ من أنّه لم يحدث في الوديعة قولاً ولا فعلا فلم يضمن، كما لو لم ينو وهو قول اكثر الشافعية ومن أنّه ممسك لها بحكم نيّته، كما أنّ الملتقط اذا نوى امساك اللقطة لصاحبها كانت أمانة وان نوى الامساك لنفسه كانت مضمونة، وهوقول ابن شريح من الشافعية وفرق المذكورون بين الوديعة واللقطة بأنّه في الوديعة لم يحدث فعلاً مع قصد الخيانة، وفي اللقطة احدث الاخذ مع قصد الخيانة، ولانّ سبب امانته في اللقطة مجرد نيّة، فضمن بمجرد النية بخلاف الوديعة.

(٢) التذكرة ج٢ ص١٩٨.

(٣) الظاهر أنّه مأخوذ من التذكرة ايضاً، فانّ عبارتها هكذا: لونوى ان لايردّ الوديعة بعد طلب المالك ففي الضمان للشافعية الوجهان، وعندي فيه التردّدالسابق، مع اولوية عدم الضمان هنا، اذا لم يطلب المالك وثبوته اذا طلب انتهى (ج٢ ص١٩٨).

....

تحت الختم، فهو كفضّ الختم(١)، وان كان فوقه لم يضمن الاّ نقصان الخرقة(٢).

الظاهر عدم الضمان في الموضعين، لما فيه من عدم التصرف فيه بخيانة، وقاعدتهم أنّ اخذ جزء من المتصل موجب لضمان الكلّ، ان كان عمداً، كما سيجيء.

قيل قوله(٣): ويجب ان يشهد الخ يقتضي ضمان تمام الخرق (الخرقة ـ خ) فتأمّل.

وقال ايضاً: ان نبش المدفونة من غير تصرف فيها، مثل فض الخاتم.

وهو قريب، وكذا قريب قوله: لو حلّ (احلّ ـ خ) الخيط الذي شدّ به رأس الكيس أو ردمة الثيّاب(٤) لم يضمن مافي الكيس والردمة، ولو فعل ذلك للأخذ، بخلاف فضّ الختم وفتح القفل، لانّ القصد منه المنع من الانتشار ولم يقصد به الكتمان عنه(٥).

والظاهر التساوي في عدم الضمان، لمامرّ، الاّ ان يتصرّف مافي الكيس او الردّمة بقصد الخيانة، فتأمّل.

واستشكل في الضمان لوعدّ المعدود او وزنها او ذرعها، والظاهر عدمه، لما

---

(١) واصل الفضّ، الكسر،يقال فضضت الختم فضّاً، من باب قتل، كسر

(٢) انتهى مانقله عن التذكرة، منقول بالمعنى راجع ج١ ص١٩٨ منها

(٣) يعني قول المصنف في المتن.

(٤) الرّدم باهمال الدال الساكنة، السد... وفي الحديث كانت العرب تحج البيت وكان ردماً أي كان لا حيطان له، كأنّه من تردّم الثوب، أي اخلق واسترقع (مجمع البحرين).

ويحتمل ان تكون هذه الكلمة رزم بالزاء المعجمة اخت الراء المهملة، ومعناها ـ كما في مجمع البحرين ـ رزمت كذا وكذا، أي ربطته وشددته.

وفي لسان العرب الرّزمة من الثياب ماشدّ في ثوب واحد (ج١٢ ص٢٣٩).

(٥) انتهى مافي التذكرة (ج٢ ص١٩٨).

او خلطها بماله بحيث لايتميّز، او مزج الكيسين».

تقدم غير مرّة.

وقال أيضاً: لو قال المالك ابتداء: اودعتك هذا (كذا-خ) (ابتداء-خ) فان خنت (به-خ) ثم تركت الخيانة عدت أميناً (لي-خ) فخان وضمن، ثمّ ترك الخيانة، لم تزل الخيانة، ولم يعد اميناً، وبه قال الشافعي.

لأنّه اسقاط لما لم يكن، بخلاف ان خان (و-خ) صار ضامناً، و(لو-خ) قال: اسقطت ضمانك، او اذنت لك في الحفظ، او اودعتك، ونحو ذلك، ولانّ الاستيمان الثاني معلّق(١).

ومانعرف علم صحة الاستيمان المعلق، واسقاط مالم يكن، فانّه اذن بالتصرف بعد الخيانة ايضاً، وادلّة قبول الناس في اموالهم تعمه(٢) كما في العارية التي هي مضمونة مثل الدراهم والدنانير سقط ضمانه عندنا، فتأمّل.

وكذا القول قوله، لو قال: خذ هذا وديعة يوماً وغير وديعة يوماً، يكون وديعة أبداً، مع قوله: لو قال خذ هذه وديعة يوماً وعارية يوماً، فهو وديعة في الاوّل وعارية في اليوم الثاني.

قوله: او خلطها بماله الخ. لعلّ لاخلاف عندنا فيه، قال في التذكرة: اذا مزج المستودع الوديعة بماله مزجاً لايتميّز احدهما عن صاحبه - كدراهم مزجها بمثلها او دنانير مزجها بمثلها، بحيث لا تمايز (مايز-خ) بين الوديعة ومال المستودع، او مزج الحنطة بمثلها - صار ضامناً سواء كان المخلوط بها دونها او مثلها أو أزيد منها، وبه قال الشافعي، لانّه قد تصرّف في الوديعة تصرّفاً غير مشروع، وعيّبها بالمزج فانّ

---

(١) هذا مأخوذ من عبارة التذكرة راجع (ج٢ ص١٩٩ منها).

(٢) لعلّه اشارة الى مثل قوله صلّى الله عليه وآله: الناس مسلطون على اموالهم وراجع الوسائل باب استحباب المضاربة باب١١ من ابواب مقدمات التجارة وباب ٩٨ من ابواب مايكتسب به وغيرهما لعلك تجد هذا المعنى فيها واما مادلّ على خصوص مافي المتن فلم نجده.

او حملها اثقل من المأذون، او أشقّ.

الشركة عيب، فكان عليه الضمان ـ الى قوله ـ وقال مالك: ان خلطها بمثلها او اجود منها، لم يضمن، وان خلطها بدونها ضمن الخ(١).

وكذا لو كان عنده كيسان وديعة ـ ولو كان من شخص واحد ـ فزج احدهما بالآخر، صار ضامناً، لأنّه تصرف غير مشروع فيده يد خيانة فيضمن حينئذٍ.

وايضاً قد يتعلق الاغراض بالتفرد بعدم المزج، ولهذا جعل في الكيسين، قاله في التذكرة.

ثم قال: وكذا لو اودعه كيساً، وكان في يده له كيس آخر امانة مجرّدة، فان وقع عليه (إليه ـ خ) اتفاقاً، فزج احدهما بالآخر، كان ضامناً ايضاً، وكذا لو كان الكيس الآخر في يده على سبيل الغصب من مالك الوديعة، وبالجملة على أيّ وجه كان(٢).

وفيه تأمّل، اذ ليس المزج بغير الاختيار ايضاً تصرّفاً غير مشروع، ولا تقصير في الحفظ، فالضمان حينئذٍ محل التأمّل، وسيجيئ في مسألة أنّه اذا اتلف المستودع من المودوعة(٣) جزءً متصّلاً، أنّه إن كان خطاً لم يضمن الّا المقطوع، فجعل النّاسي والمخطئ (الخطاء ـ خ) معذوراً، فتأمّل.

قوله: او حملها اثقل من المأذون الخ. يعني اذا اذن لشخص ان يحمل دابّته شيئاً معيّناً، فحملها اثقل من ذلك الشيء، بان زاد على مقداره، او حمله اشقّ، ولو كان بحسب الوزن واحداً مثل منّ (مِنْ ـ خ) حديد ومنٌّ (مِنْ ـ خ) قطن، فانّ القطن أثقل وأشقّ لدخول الهواء، او يكون شيئاً يصير به الدابّة مجروحة

(١) التذكرة ج٢ ص١٩٩.

(٢) هكذا في التذكرة وفي جميع النسخ، دفع اليه، ولعلّ الصواب ما في التذكرة.

(٣) هكذا في جميع النسخ، والصواب المودعة.

او فتح قفل المالك وأخذ بعضها اولاضمن.

ولو أخذ البعض من تحت قفله، ضمن المأخوذ خاصّة، ولو اعاده ومزجه بحيث لايتميّز، لم يبرأ، ولايضمن الباقي، ولو اعاد بدله، ومزجه، ضمن الجميع.

مثل الجراح و(او ـ خ) الحديد، وقد اذن للحنطة والشعير ونحو ذلك، فهو ضامن، ولا شكّ في ذلك.

وهل يضمن الجميع؟ الظاهر ذلك، لأنّه تعدّى (تعدّ ـ خ) فلو تلف يأخذ منه تمام القيمة، لا أن يقسط على المأذون وغيره.

ولو ذكر هذه في العارية لكان أولى، فانّها منها، لامن الوديعة، فتأمّل.

قوله: او فتح قفل المالك الخ. هذا اشارة الى انّ مجرّد فتح قفل المالك موجب لضمان مافي المقفول، سواء اخذ شيئاً اولم يأخذ اصلاً، وقد مرّ فيه التأمّل.

واشار الى الخلاف في التذكرة بقوله: والاقوى الضمان لما فيه من الثياب والدراهم، وهو اصحّ وجهي الشافعية، لأنّه هتك الحرز، والثاني للشافعية أنّه لايضمن، لما في الصندوق والكيس، بل يضمن الختم الّذي تصرّف فيه، وبه قال ابوحنيفة.

تجد هذا اولى لما مرّ غير مرّة من الاصل، وعدم تصرف وتقصير في الحفظ، وغير ثابت كون هتك الحرز موجباً للضمان، ولابدّ له من دليل، فتأمّل. قوله(١) ضمن جواب لقوله: ولو ادّعى الاذن، الى هنا.

قوله: ولو اخذ البعض من تحت قفله الخ. لو اخذ الودعي بعضاً من المودوعة ـ من تحت قفله بحيث ماهتك الحرز بالتصرّف في القفل والختم، وكذا لو اخذه من غير المقفول ـ، ضمن المأخوذ خاصّة، لأنّه تصرف فيه فقط بالخيانة،

---

(١) يعني قول المصنف في المتن.

....

فيكون ضامناً له فقط.

ولو اعاده إلى الحرز لم يبرأمن ضمانه، لانّ يده عليه يد خيانة، ولم يخرج عنها الّا بما تقدّم.

ولا فرق في ذلك بين ان يمزجه مزجاً لايتميّز عن غير المضمون الغير المتصرّف فيه، ام لا.

ولكن في صورة المزج اذا لم يوجب التصرّف في الباقي تصرفاً غير مأذون، هل يضمن الباقي ايضاً ام لا؟ ولاشكّ أنّه يضمن بذلك التصرّف.

قال في التذكرة: وان امتزج بالباقي مزجاً يرتفع (ارتفع ـ خ) معه الامتياز فالوجه أنّه كذلك لايضمن الباقي، بل الدراهم خاصّة، لأنّ هذا المزج (الخلط ـ خ) كان حاصلاً قبل الأخذ، وهو اصحّ قولي الشافعية، والثاني عليه ضمان الباقي بخلطه (لخلطه ـ خ) المضمون بغير المضمون، فعلى مااخترناه لو تلفت العشرة والحال أنّه اخذ منها درهم واحد وردّها وخرج بالعشرة والفرض ان الكلّ عشرة لم يلزمه الّا درهم واحد، ولو تلف منها خمسة لم يلزمه الّا نصف درهم(١).

وفيه دلالة على انّ المزج لو كان اختياراً ليس بموجب للتصرّف في الممزوج.

فتأمّل، وظاهره ان لاخلاف عندنا في عدم ضمان الباقي الغير المتصرف فيه، فتأمّل.

وفي ضمان نصفه بعد تلف نصف مافي الكيس الذي أخذ واحداً منه، محل التأمّل، اذ الاصل عدم تلف المضمون، والاصل براءة الذمّة، وعدم اخذ شيء من ماله الّا باذنه، ومعلوم انّ المضمون اما تلف بالكلية اوبقي بتمامه، فالحكم

(١) انتهى كلام التذكرة مع اختلاف فراجع.

....

بالتصيف -لعدم الامتياز والعلم- محلّ التأمّل.

وأمّا لو اعاد بدل المضمون، ولم يمازجه مزجاً يسلبه الامتياز وان كان لوجود علامة، او سكّة لم تكن في المودوعة(١) ولم يفعل مايوجب الضمان، فلم يضمن الّا ذلك الدرهم فقط، و **إن مزجه ذلك المزج، فيضمن الكلّ**، لأنّه مزج مال الوديعة بماله من غير اذنه، وقد مرّ أنّه تصرف موجب للضمان.

ثم قال في التذكرة: اذا تلف بعض الوديعة، فان كان ذلك البعض منفصلاً عن الباقي كالثوبين اذاأتلف (تلف-خ) احدهما، لم يضمن الّا المتلف، لانّ العدوان انّما وقع فيه، فلا يتعدّى الضمان الى غيره، وان كان الايداع واحداً (أي دفعة واحدة) وان كان متصلاً كالثوب الواحد يخرقه (بخرقة-خ) او يقطع (القطع-خ) طرف العبد او البهيمة، فان كان عامداً في الاتلاف، فهو خائن (جان-خ) على الجميع، فيضمن الكل وان كان مخطئاً ضمن ماتلفه خاصّة، ولم يضمن الباقي، وهو اصحّ وجهي الشافعية، لأنّه لم يتعدّ في الوديعة، ولاخان فيها، وانما ضمن المتلف لفواته وصدور الهلاك منه فيه مخطئاً.

وفي الثاني لهم أنّه يضمنه ايضاً، ويستوي العمد والخطاء في ضمان الكلّ(٢).

وانت تعلم أنّ الظاهر مااختاره، وأنّه لاخلاف ظاهراً عندنا، وهو مؤيّد لما قلنا أنّه لو سهى ونسي حفظ شيء مثل النشر والتعريض للرّيح، لم يكن ضامناً، فانّه جعل النسيان هنا عذراً، فتأمّل.

وايضاً قد تقدم أنّه اذا خرق فوق الختم لم يضمن الّا نقصان ماخرق.

فهو ليس بجيّد على اطلاقه بالنسبة الى ماقال هنا من ضمان الكلّ

---

(١) هكذا في جميع النسخ، ولعلّ الصواب المودعة.

(٢) انتهى كلام التذكرة ج٢ ص١٩٩.

ويجب ان يشهد لو خاف الموت.

المتصّل، ان كان الا تلاف عمداً، فتأمّل، وتذكر.

قوله: ويجب ان يشهد لو خاف الموت. من أسباب الضمان ترك الوصية الواجبة، وهي عند حضور الموت او القتل، بمعنى ظهور علامات وحصول ظنّ بمفارقة الرّوح، لخوف المرض ونحوه.

قال في التذكرة: اذا مرض المستودع مرضاً مخوفاً، او حبس ليقتل، وجب عليه الايصاء بالوديعة، وان تمكن من صاحبها او وكيله، وجب عليه ردّها اليه، وان لم يقدر على صاحبها ووكيله ردّها الى الحاكم، ولو اودعه عند ثقة مع عدم الحاكم، جاز وان كان مع القدرة عليه ضمن، وللشافعيّة وجهان، ولو لم يوص بها، لكن سكت عنها وتركها بحالها، حتى مات، ضمن، لأنّه غرّر بها وعرضها للفوات، فان الورثة يقسمونها (يقتسمونه ـ خ) ويعتمدن على ظاهر اليد، ولايحتسبونها وديعة، ويدعونها لانفسهم، فكان ذلك تقصيراً منه موجباً للضمان (١).

لعل دليل وجوب الايصاء هو وجوب حفظ الوديعة ـ مهما امكن ـ من الضيّاع، حتى تصل الى اهلها، وذلك بالايصاء حينئذٍ وكذا ادلة وجوب الوصيّة على المحتضر، لعلّه لاخلاف فيه.

وأمّا وجوب ردّها على المالك من غير طلبه، الى آخر ماذكره، فكأنّه لخوف الفوت، والايصاء غير ظاهر أنّه كاف، ويوصلها الى اهلها لاحتمال عدم وصولها الى يد الوصي بسبب من الاسباب، وهلاكه في يده بتفريطه او عدمه، ولاشك انّه احوط.

وأمّا الوجوب فغير ظاهر، والاصل ينفيه، مع عدم دليل واضح، وعدم افادة ماتقدم، الوجوب.

---

(١) التذكرة: ج٢ ص٢٠١ وفيها، يوجب الضمان بدل قوله: موجباً للضمان.

....

وكأنّه لذلك رجع عنه في التذكرة بعد اسطر، وقال في فروع الايصاء المبحوث عنه: الثالث الاقرب الاكتفاء بالوصيّة، وان امكنه الردّ الى المالك، لأنّه مستودع لايدري متى يموت، فيستصحب الحكم، ويحتمل انّه يجب عليه الردّ الى المالك او وكيله عند المرض، فان تعذّر اودع عند الحاكم او اوصى اليه، كما اذا عزم على السفر، وهو قول اكثر الشافعية(١).

الظاهر أنّه يريد بالمرض المرض المخوف الذي اشاراليه في اوّل المسألة، والّا فالظاهر عدم الخلاف في عدم الوجوب عند مطلق المرض.

وايضاً الظاهر ان يراد بعد تعذر الحاكم الايداع عند الثقة، ثمّ ان تعذر فالايصاء كما ذكره، اوّلا، وقد تقدّم مراراً مثله، اذ ليس المراد بالايصاء هو الايداع، كماصرّح هو، حيث قال: توهّم بعض الناس انّ المراد من الوصية بها تسليمها الى الوصي ليدفعها الى المالك، وهو الايداع بعينه، وليس كذلك، بل المراد الامر بالردّ من غير ان يخرجها من يده، فان كان والحال هذه مخيّر بين ان يودع للحاجة وبين ان يقتصر على الاعلام والامر بالردّ، لانّ وقت الموت غير معلوم، ويده مستمرّة على الوديعة مادام حيّاً(٢).

وهو ايضاً صريح في عدم وجوب الردّ عيناً، فكأنّه يريد به هناك تخييراً، وهو بعيد جدّاً.

ويمكن ان يراد بالايصاء بعد تعذر الحاكم هنا على سبيل التخيير، وهو ايضاً بعيد، كما لايخفى.

وكأنّه يريد بقوله(٣): (كما اذا عزم على السفر) وجوب الايداع بالترتيب المتقدم مراراً، والعبارة غير ظاهرة، بل ظاهرها التخيير بين الايداع عند الحاكم

---

(١) و(٢) التذكرة ج٢ ص ٢٠١.

(٣) يعني في كلامه المنقول من التذكرة آنفاً.

....

والايصاء اليه، وقد تقدم وجوب الايداع، فتأمّل.

ولعلّ التقصير هنا يحصل بترك الوصيّة الى اهلها، أي الذي يجوز جعله وصيّاً في مثل ردّ الوديعة الى حين الموت او قبيله بحيث أيسَ عن الحيوة، وماقدر على الوصيّة وان لم يكن مات (فات ـ خ).

ولكن قال في التذكرة: التقصير هنا انما يتحقق بترك الوصية الى الموت، فلا يحصل التقصير الّا اذا مات، لكن يتبيّن عند الموت أنّه كان مقصّراً من اوّل مامرض.

في العبارة تأمّل، على انّ الكشف غير ظاهر، لما مرّ مراراً، وأنّه على تقدير كونه من اوّل المرض محل التأمّل، اذ الظاهر أنّ الوقت موسّع اذا ظنّ البقاء مع المرض، قادراً على الوصية، كما في حال الصحّة.

نعم قد يتضيّق بالامارات بعده، ولكنّ الضابط لايخلو من اشكال، والاحتياط واضح.

ثم معنى كونه ضامناً بالترك، أنّه يحكم بكونه مضموناً في يده، فلو تلف بغير تفريط في وقت الضمان ـ ولو قبل الموت ـ يكون مضموناً عليه، يؤخذ من ماله، كالدين وعوض الغصب، وكذا بعد الموت وان لم يقصّر الورثة في المبادرة الى اعلام المالك والردّ اليه، فتلف قبله بآفة او باتلاف متلف او بتردّيه في بئر ونحوه، ويكون آثماً ايضاً بترك الوصية الى اهلها.

قال في التذكرة: يجب الايصاء الى امين، فان اوصى الى غير ثقة فهو كما لم يوص، ويجب عليه الضمان، لانّه غرّر بالوديعة، ولا يجب ان يكون اجنبيّاً، بل يجوز ان يوصي بها الى ورثته، ويشهد عليه، صوناً لها عن الانكار، وكذا الايداع، حيث يجوز ان يودع اميناً(١).

---

(١) التذكرة ج٢ ص٢٠١.

....

لعلّ المراد بضمير (عليه) الايصاء مطلقا، فيجب الاشهاد على الايصاء مطلقا، صوناً لانكار الورثة، وعدم ثبوت الوصية.

ثم الحكم على تقدير اشتراط العدالة في الوصي مطلقا ظاهر، وهنا يكون الضمان من حين الوصيّة الى غير العدل، وكما في ترك الاشهاد من حينه، ان كان هو شرطاً، كما هو الظاهر من كلامه.

ويحتمل ان يكون الضمان (من ـ خ) مثل الاول، لاحتمال ان يرجع ويوصي الى العدل مع الاشهاد، وامّا على تقدير عدم اشتراطها في الجميع، ـ كما يشعر به بعض الاخبار(١) وظاهر عدم تغيير الايصاء في قوله: (فمن بدله الآية(٢)) ـ فلا، ووجود من يثق بدينه وامانته في بعضها(٣) يدلّ على اعتبار هذا المقدار، لعلّه اقل من مرتبة العدالة، فافهم.

ويمكن ان يشترط هنا، لانّه كالايداع، فانّه ما كان الى غير العدل جائز، فكذا الايصاء، وذلك غير بعيد، فتأمّل.

وقال في التذكرة ايضاً: اذا اوصى بالوديعة وجب ان يبينها ويميّزها عن غيرها، بالاشارة الى عينها او بيان جنسها ووصفها، فلو لم يبيّن الجنس ولا اشار اليها، بل قال: عندي وديعة، فهو كما لم يوص، ولو ذكر الجنس، فقال انّ عندي: ثوب لفلان، ولم يصفه، فان لم يوجد في تركته جنس الثوب، فاكثر علمائنا على أنّ المالك يضارب، فيضارب ربّ الوديعة الغرماء بقيمة الوديعة، لتقصيره بترك (بتركه ـ خ) البيان(٤).

---

(١) راجع الوسائل الباب ٥٠ وباب ٥٣ من كتاب الوصية ج١٣ ص٤٤١ والباب ٦ و ٩ من كتاب الوديعة ج١٣ ص٢٣٠.

(٢) البقرة: ١٨١.

(٣) راجع الوسائل الباب

(٤) التذكرة ج٢ ص٢٠١.

....

لعلّ دليلهم ضعيفة النوفلي، عن السكوني، عن جعفر، عن آبائه، عن علي عليهم السّلام، أنّه كان يقول: من مات (يموت ـ خ) وعنده مال مضاربة، قال: ان سمّاه بعينه قبل موته، فقال: هذا لفلان، فهو له، وان مات ولم يذكر، فهو أسوة الغرماء(١).

ولا فرق بين مال المضاربة والوديعة في ذلك، وهو ظاهر، فتأمّل فيه.

ثمّ قال(٢): بعض الشافعيّة، وهو ظاهر مذهبهم ايضاً، وقال بعضهم لايضمن لانها ربما تلفت قبل الموت، والوديعة امانة، فلا يضمن بالشّك، وان وجد في تركته جنس الثوب فامّا أن يوجد اثواب او ثوب واحد، فان وجد اثواب، ضمن، لأنّه اذا لم يميّز كان بمنزلة مالو خلط الوديعة بغيرها، وذلك سبب موجب للضمان، فكذا ماساواه، وهو عدم تنصيصه على التخصيص، وان وجد ثوب واحد ففي تنزيل كلامه عليه اشكال، قال (بعض ـ خ) الشافعية أنّه ينزّل عليه، ويدفع اليه، ومنهم من اطلق القول بأنّه اذا وجد جنس الثوب ضمن، ولا يدفع اليه عين الموجود، وامّا الضمان فللتقصير بترك البيان، وامّا أنّه لايدفع اليه عين الموجود فلاحتمال ان تكون الوديعة قد تلفت، والموجود غيرها، وهو جيّد، ولهم وجه آخر، أنّه انما يضمن اذا قال: عندي ثوب لفلان وذكر معه مايقتضي الضمان امّا اذا اقتصر عليه فلا ضمان(٣).

هذا الكلام يحتاج الى التأمّل(٤) الخ فتأمّل، الظاهر أنّه ان عيّن و وجد فهو لمالكه، وان لم يوجد، فالظاهر عدم الضمان، اذ قد يكون تلف بغير تفريط، الّا ان

---

(١) الوسائل الباب ١٣ من ابواب المضاربة الرواية١ ج١٣ ص١٩١.

(٢) هكذا في جيع النسخ، وفي التذكرة: وهو قول بعض الشافعيّة الخ.

(٣) التذكرة ج٢ ص٢٠١.

(٤) مراده انّ هذا الكلام من العلامة قدس سرّه في التذكرة الى آخره يحتاج الى التأمّل.

ولو مات ولم توجد، اخذت من التركة على اشكال.

يعلم منه كونه ضامناً له، او قصر في هذا الوقت في عدم الاشارة الى مكانه وكونه اين وان علم وجوده، فالظاهر بقائه، فينبغي المصالحة ان لم يعلم قيمته، والّا القيمة، فتأمّل في كلام التذكرة، وما ذكرناه.

قوله: ولو مات ولم توجد اخذت الخ. كأن المراد أنّه عيّنها ولم توجد مع عدم العلم بوجودها حال الموت بل العلم بوجودها(١) في الجملة وقبله.

وحينئذٍ يحتمل ان توخذ قيمتها التي ثبتت بوجه شرعي من التركة، لاصل البقاء وعدم التلف لاعلى وجه مضمون.

ويحتمل العدم لاصل عدم ضمان الوديعة حتى يثبت موجب الضمان، والاصل عدمه، والظاهر العدم لاصل برائة الذمة، ولأنّ الأمانة ثابتة فلم تثبت الخيانة، الّا بثبوت موجبها، والاصل عدمه، وصون المسلم عن التقصير في مال الوديعة بترك الوصيّة ونحوها، فتأمّل.

قال في التذكرة: الذي يقتضيه النظر عدم الضمان والذي عليه فتوى اكثر العلماء منّا ومن الشافعيّة الضمان.

وقال: لو مات ولم يذكر عنده وديعة، ولكن وجد في تركته كيس مختوم او غير مختوم مكتوب عليه أنّه وديعة فلان، او وجد في جريدته أنّ لفلان عندي كذا وكذا وديعة، لم يجب على الوارث التسليم بهذا القدر، لأنّه ربما كتبه عبثاً ولهواً وتلفتاً (تلقيناً ـ خ) او ربما اشترى الكيس بعد تلك الكتابة فلم يمحها، او ردّ الوديعة بعد ما اثبت في الجريدة، ولم يمحه، وبالجملة انّما يثبت كونها وديعة، بان يقرّ ان هذه وديعة، ثم يموت، ولا يكون متهماً في اقراره عندنا، ومطلقا عند جماعة من علمائنا او يقرّ الورثة بأنّها وديعة او تقوم البيّنة بذلك(٢).

(١) ليس في النسختين المخطوطتين لفظة بل العلم بوجودها.

(٢) التذكرة ج٢ ص٢٠١.

....

ولكن انت تعلم انّه قد يعلم بذلك أنّها وديعة، فاذا علم، يعمل به، فتأمّل.

الظاهر عدم الاحتياج هنا الى اليمين مع البيّنة، وكذا مع اقراره، مع الاحتمال، للاصل وعدم الدليل، واختصاص الرواية(١) باليمين على تقدير قبولها، بالدّين، وسيجئ تحقيق الأمر انشاءالله(٢).

وقال ايضاً: اذا (فاذا ـ خ) ثبت الوديعة باحد هذه الوجوه، وجب على الورثة دفعها الى مالكها، فان اخّروا الدّفع مع الامكان ضمنوا، ولو لم يعلم صاحبها بموت المستودع وجب على ورثته اعلامه ذلك، ولم يكن لهم امساك الوديعة الى ان يطلبها المالك منهم، لأنّ المالك لم يأمنهم عليها، وذلك كما لو اطارت الريح ثوباً الى دار انسان وعلم صاحبه، فانّ عليه اعلامه، فان أخّر ذلك مع امكانه ضمن(٣).

والاعلام جيّد، ولكن الضمان مع التأخير ـ من غير تصرف بل بمجرد وجوده في الدار بواسطة الريح ونحوه ـ محلّ التأمّل.

وكذا وجوب دفعه، بل جوازه، لانّه تصرّف غير مأذون، فيمكن الضمان لو تلف في الطريق من غير تقصير، وكذا في جميع الودايع والعواري.

الّا ان يقال ذلك مأذون شرعاً، فانّه جوّز ردّ المال الى مالكه بان يؤدّي اليه بنفسه او وكيله وفيه تأمّل، خصوصاً مع عدم الامانة، فانّه تسليط الغير على ملك الغير بغير اذن.

ويمكن جوازتسليمه الى الذي اعطاه الدافع، ولعل العرف اقتضى انّ المالك أذن بالبعث إليه، مع من كان، ولهذا، هو متداول بين المسلمين، من غير **نكير، فتأمّل.** واحتط.

---

(١) راجع الوسائل الباب ٢٨ ذيل الرواية ١. (٢) في كتاب الشهادات. (٣) التذكرة: ج٢ ص٢٠١.

ويجب ردّها على المالك، وان كان كافراً لاغاصباً، بل يردّ على المغصوب منه، ولو جهله تصدّق، وضمن، أو أبقاها امانة، ولاضمان.

وقال ايضاً جميع ماقلناه ثابت فيما اذا وجد فرصة للايداع و(او-خ) الوصية، امّا اذا لم يوجد بان مات فجأة، او قتل غيلة، فلا ضمان لأنّه لم يقصّر.

ثمّ قال: اذا تبرّم(١) المستودع بالوديعة فسلّمها الى القاضي ضمن المستودع، الّا مع الحاجة.

ويمكن القاضي(٢) ايضاً لو كان عالماً، ومذهبه عدم جواز الاخذ، ويمكن الضمان مع جهله، ويخرج عن العدالة ايضاً، الّا ان يقال انّه صغيرة، ولم يستمرّ ويصرّ(٣)، فيبقى الضمان.

وقال ايضاً:

كبر السّن ليس مثل المرض المخوف الموجب للوصيّة.

وقال ايضاً، لو اقرّ المريض بالوديعة، ولا تهمة، ثم مات في الحال، فالأقرب هنا على قول من منع من المحاصّة (للمحاصّة-خ) هنا انّ (اذ-خ) اقراره بأنّ عنده او عليه وديعة، يقتضي حصوله في الحال، فاذا مات عقيبه لم يمكن فرض التلف قبل الايصاء.

والظاهر أنّه كذلك مع التهمة ايضاً، عند من لايعتبر ذلك، وأنّه يحتمل ان يكون قوله ذلك باعتبار ماكان بحكم الاستصحاب، فلا يضمن، ولايحاصّ الغرماء، فتأمّل.

قوله: ويجب ردّها على المالك الخ. دليل وجوب الردّ-وان كان المالك

---

(١) ابرمته ابراماً أي احكمته (مجمع البحرين).

(٢) يعني ولم يستمرّ عليه حتّى يصدق الاصرار على الصغيرة.

(٣) يعني ويمكن ضمان القاضي ايضاً.

....

كافراً حربياً ـ، عموم الآيات والاخبار العامة(١).

بل الخاصّة ايضاً مثل رواية المفضّل (فضيل ـ خ) في ردّ وديعة الخارجي(٢) ورواية اخرى في ردّ وديعة قاتل أمير المؤمنين عليه السّلام(٣).

وكأنّه الاجماع ايضاً، ولكن لم يرد المغصوب على الغاصب، بل المغصوب منه ان علمه، وان جهله وآيس من علمه، يمكن الحاقه باللقطة، كما فعله في القواعد، لضعيفة حفص بن غياث، به وبغيره، قال: سألت اباعبدالله عليه السّلام عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللّصوص دراهم او متاعاً، واللّص مسلم، هل يردّ عليه؟ **قال: لايردّ فان أمكنه أن يردّه على صاحبه فعل،** والّا كان في يده بمنزلة لقطة يصيبها، فيعرّفها حولاً، فان جاء (اصاب ـ يب) صاحبها ردّها عليه، والّا تصدّق بها، فان جاء بعد ذلك، خيّره بين الغرم والأجر، فان اختار الأجر فله، فان اختار الغرم غرم له(٤).

ويحتمل التصدق به، كما هو ظاهر المتن، على مايدلّ عليه الاخبار الدالة على فعل ذلك، في المال المجهول صاحبه(٥)، وقد تقدم، فتأمّل وتذكر.

---

(١) مثل قوله تعالى: إنّ الله يأمركُمْ أنْ تُؤدّوا الأماناتِ إلى أهلها (النساء ٥٨) وراجع الوسائل الباب ١ و ٢ من كتاب الوديعة ج١٣ ص٢١٨.

(٢) الوسائل الباب ٢ من كتاب الوديعة الرواية ٩، ولم يذكر الفضيل في الكافي واحد الموضعين من التهذيب ولكنّه مذكور في باب الوديعة من التهذيب.

(٣) راجع الوسائل الباب ٢ من كتاب الوديعة الرواية ٢ و ٨ والكافي والتهذيب في باب المكاسب.

(٤) وتمامه: وكان الأجر له، الوسائل الباب ١٨ من كتاب اللقطة الرواية١ (ج١٧ ص٣٦٨) وسندها كما في التهذيب هكذا: محمّد بن الحسن الصفّار عن علي بن محمّد بن شيره عن القاسم بن محمّد عن سليمان بن داود (المنقرى ـ ئل) عن حفص بن غياث.

(٥) راجع الوسائل الباب ٤٧ من ابواب مايكتسب به ج٦ ص١٤٤ والباب ١٨ من كتاب اللقطة ج١٧ ص٣٦٨ وغيرهما.

ويحلف لو طلبها الغاصب.

ولو مزجها الغاصب بماله بحيث لايتميّز ردّ الجميع اليه.

لكن تلك الادلة خالية عن الضمان، بل ظاهرها عدمه.

وحكم المصنّف بالتصدق مع الضمان او ابقائه عنده امانة دائماً، مع عدم الضمان، الّا بما يوجبه من التقصيرات التي تقدّمت.

والضمان ضرر، وكذا ابقائه كذلك، لانّ حفظ الامانة ـ كما عرفت بحيث لايوجب الضمان والاثم ـ صعب ومشكل، خصوصاً دائماً، وهو ظاهر، فيحتمل بدون الضمان كما هو ظاهر تلك الأخبار، فتأمّل.

ثمّ انّ الضمان على تقديره هل هو بمعنى أنّه لو وجد صاحبه حين حياة القابض، يجب ردّه عليه فقط اولا، بل ضمان مثل الدّيون والغصب فيجب عليه ردّه ثم الايصاء ثمّ على الورثة كذلك(١)، والأوّل انسب الى الاصل، فتأمّل.

قوله: ويحلف لوطلبها الغاصب. أي لو طلب الغاصب الوديعة يحلف الودعي على عدم كونها عنده، ويورّي وجوباً، وقد مرّ مثله.

قوله: ولو مزجه (مزجها ـ خ) الغاصب الخ. أي لو مزج الغاصب المال الذي غصبه، بمال نفسه مزجاً لايتميّز بالكليّة، وكان وديعة عند شخص وأخذهُ من الغاصب، قال المصنّف: يجب عليه أي على الودعي ان يسلّم الكل الى الغاصب.

ويحتمل الى صاحب المال، فانّه يجب تسليم مال المالك اليه، ولا يمكن الّا بتسليم الكلّ، فيجب.

وفيه تأمّل فانّ الذي يقتضيه النظر انّ المال مشترك بينهما،فتصريف احدهما دون الآخر مشكل، وان كان غاصباً ظالماً، فان الظالم لايحلّ ماله لكونه ظالماً، وهو ظاهر، فان كان المزج بالأدنى بحيث مابقي لمال المالك قيمة، يمكن

---

(١) يعني وجب على الورثة ردّه ثمّ الايصاء.

ولو مات المالك سلّمت الى وارثه، فان تعدّد، سلم الى الجميع او وكيلهم، ولو دفع الى البعض، ضمن حصص الباقين.

تسليمه الى الغاصب، ويجب عليه ردّ مال المالك مثلاً او قيمة.

ويمكن وجوب تسليمه الى الحاكم حتّى يقسّمه، مع ردّ ارش النقص على وجه لايلزم الرّبا، او باعتبار القيمة، فتأمّل، او يعطيه الغاصب ويضمنه كلّ المال مثلاً او قيمة.

وان كان بالمساوي يكون شريكاً، فيقسّم بينهما، وكذا بالأعلى، ويحتمل جعله كالتالف، والالزام بالعوض، فتأمّل.

قال في التذكرة: فان كان الظالم قد مزج الوديعة بما له مزجاً لايتميّز لم يجز للمستودع حبسها، ويجب ردّ الجميع الى الغاصب ويحتمل عندي، قدر(١) مال اللّص اليه واحتفاظ الباقي لمالكه والقسمة هنا ضروريّة.

وفيه تأمّل، لأنّه تقسيم بغير اذن المالكين، نعم لوفعل ذلك الحاكم لتخليص مال المالك لابأس للضرورة، ان لم يكن المالك حاضراً ولم يرض الغاصب، وهذا في المساوي غير بعيد، لاغير، الّا ان يرضى الغاصب في الأعلى، فتأمّل.

قوله: ولو مات المالك سلّمت الخ. أي لو مات المودع يجب على المستودع ان يسلّم الوديعة الى وارثه، فان كان واحداً سلّمه اليه من غير حاجة الى المطالبة، فوريّاً، او يعلمه بالحال على ماقالوه، وقد مرّ مثله. مع التأمّل فيه.

وان كان متعدداً، سلّم الى الجميع، بان يضع بايديهم او بيد وكيل الجميع، ولايجوز دفعها بعينها الى البعض، ولو فعل، ضمن حصص الباقين، وأثم، فان رضوا بذلك فهو، والّا فيأخذون نصيبهم منه (حصتهم منه ـ خ)، ويسلّمها اليهم.

---

(١) أي ردّ قدر مال اللّص اليه.

ولو ادعاها اثنان، صدّق في التخصيص، ولو ادّعى الآخر علمه، او ادّعياه مع الاشتباه حلف.

واما لو كان عوضها في ذمته يجوز له تسليم الكلّ الى البعض، فان رضوا، والّا فليأخذوا نصيبهم منه، وهو يرجع الى من سلّم الكلّ اليه.

قوله: ولو ادّعاها اثنان صدق الخ. أي لو ادعى كلّ الوديعة الواحدة اثنان وصدّق المستودع في التخصيص أي تخصيص (يخصّص-خ) أيّهما فعل قبل منه وسمع، فان ادّعى الآخر الذي خصّص المستودع الوديعة بغيره، علمه بأنه منه لامن المصدّق حلف له بنفي العلم.

وكذا لو ادّعيا علمه بأنه له خاصّة مع الاشتباه على المستودع حلف المستودع لهما بنفي العلم بذلك، وفي الصورة الاولى يصير الوديعة للمصدّق وللآخر ان يدّعي على من بيده ويحلفه، وفي الصورة الثانية يقسّم بينهما، كما قيل بمثل ذلك فيما تقدم، وسيجئ ايضاً.

ويحتمل القرعة ايضاً واحلاف من خرج اسمه بالقرعة، واعطاء الوديعة.

ولعل الاوّل أولى لعموم الخبر الدالّ على التقسيم(١) في مثله، فتذكر.

ويمكن انتزاعها من يد الودعي، لأنّه باقراره أنّه لاحدهما لاغير، -الّا أنه لم يعرف العين- ، فيسلم اليهما جميعاً.

ويمكن كون ذلك بامر الحاكم، ويحتمل ابقائها بيده لاستصحاب ثبوت امانته.

ثمّ ان حكم(٢) بنكول يمينه في الصورتين، وكذا يمين احدهما ان توجّه اليه ذلك، وكذا بينته ظاهرٌ كما علم في محلّه وسيجيء، فتأمّل.

اعلم أنّه اذا ضمن الوديعة بسبب موجب للضمان -فيحكم أنّه اذا ضمن

---

(١)
(٢) هكذا في جيع النسخ، ولعلّ الصواب أنّ الحكم بنكول يمينه الخ.

....

لم يتخلّص منه الّا بالتسليم او الايداع ثانياً، او اسقاط الضمان على الاحتمال. تصير يده يد عدوان، فلا يجوز كون الوديعة عنده حينئذٍ بل يجب الردّ او الاعلام على ماقالوا في الامانات الشرعيّة.

وأنّه اذا اودعه في السوق او الطريق، وقال: احفظه في بيتك، وجب عليه المبادرة الى البيت، والاحراز فيه، فان أخّر من غير عذر ضمن، ولو كان لعذر فلاضمان، قاله في التذكرة.

وقال ايضاً: لو اودعها في البيت: وقال: احفظه (احفظ هذه الوديعة ـ خ) في البيت (في بيتك ـ خ) فجعلها في ثيابه فخرج بها ضمن سواء ربطها واحكم شدّها او لا، ولو ربطها في كمه ولم يخرج بها مع امكان وضعها في الصندوق ونحوه ضمن(١) فيلزمه حينئذٍ الاعلام او الردّ، فتأمّل.

ثم قال ولو كان لعذر فتح(٢) قفل الصندوق، لم يضمن، ولو اودعه في البيت ولم يقل له احفظه في البيت فخرج بها مربوطاً في ثيابه احتمل عدم الضمان، لأنّه احرز عليها بالرّبط والشدّ، وذلك حرز مثله (مثلها ـ خ) ولم ينصّ المودع على حرز بعينه.

وفيه تأمّل، لأنّه قد قرّر من قبل انّ حرز الدراهم، الصندوق، فكأنّه يريد بذلك، اذا امر بالحفظ في البيت فالصندوق هوحرزه فتأمّل.

---

(١) نقلناها عن التذكرة، فان في النسخ سقطاً فراجع ج٢ ص٢٠٤.

(٢) في التذكرة: ولو كان ذلك لتعذّر فتح قفل الصندوق الخ.

«المقصد الثامن في العارية»(١)

وهي جائزة من الطرفين.

المقصد الثامن في العاريّة

قوله: وهي جائزة من الطرفين الخ. قال في التذكرة: العاريّة بتشديد الياء عقد شرع لاباحة الانتفاع بعين من اعيان المال على جهة التبرّع، وشدّدت الياء كأنّها منسوبة الى العار، لانّ طلبها عار، قاله (قال-خ) صاحب الصحاح، -الى قوله-: وقال الخطابي في غريبه: انّ لغة العالية (الغالبة-خ) العاريّة، وقد تخفّف(٢).

قال في القواعد: وهو كل لفظ دلّ على تسويغ الانتفاع بالعين، مع بقائها، مطلقا او مدّة معيّنة، وثمرته التبرّع بالمنفعة.

قال في شرح القواعد: قيل عليه: ان كان قوله، وثمرته التبرّع بالمنفعة جزء التعريف انتقض في عكسه بأعرتك حماري لتعيرني فرسك، والّا انتقض في طرده بالاجارة.

ويمكن ان يجاب بكونه جزءً ولا يرد ماذكره، لانّ هذا الفرد من العارية

---

(١) بتشديد الراء وتخفيفها.

(٢) التذكرة ج٢ ص٢٠٩.

....

مقتضاها التبرّع وانّما جاء العوض من امر زائد على العقد، وهو الشرط، فانّه عقد مع شرط(١).

ويمكن ان يقال انّ اخذ اللفظ غير جيّد، لانّ العارية قد تحصل بغير اللفظ، وهو ظاهر.

وقال في التذكرة: وهي تحصل بغير عقد، كما لو حسن ظنّه بصديقه كفى في الانتفاع عن العقد الخ.

وقال ايضاً: لمّا كان الاصل في الاموال العصمة لم يبح شيء منها على غير مالكها الّا بالرضا منه، ولمّا كان الرضا من الامور الباطنة الخفيّة تعذر التوصل اليه قطعاً، فاكتفى فيه بالظنّ المستفاد من العبارات والالفاظ وما يقوم مقامها.

وقال ايضاً: (و ـ خ) الاقرب عندي أنّه لا تفتقر العارية الى لفظ، بل يكفي قرينة الاذن من غير لفظ دالّ على الاعارة والاستعارة لامن طرف المعير ولا من طرف المستعير، كما لو رآه عارياً، فدفع اليه قميصاً، فلبسه، ثبتت العارية، وكذا لو فرش لضيفه فراشاً، ـ او بساطاً او مصلّى او حصيراً، او القى اليه وسادة فجلس عليها، او مخدّة فاتكى عليها ـ، كان ذلك اعارة، بخلاف مالو دخل فجلس على الفرش المبسوطة (الفراش المبسوط ـ خ)، لأنّه لم يقصد به انتفاع شخص بيعنه الخ(٢).

يعني لم يقصد انتفاع الضيف الداخل، فليس بالنسبة اليه عارية.

وانّ في الجواب المذكور(٣) تأمّلاً، اذا لاشكّ انّ هذا الفرد(٤) ليس فيه التبرّع، وهو فرد العارية، وقد سلّمه المجيب ايضاً، فلا يكون عارية.

---

(١) انتهى كلام شارح القواعد ج١ ص٣٤٢ من الطبعة الحجرية.

(٢) التذكرة ج٢ ص٢١١.

(٣) يعني جواب الشرط في قوله: ويمكن ان يجاب.

(٤) يعني قوله: اعرتك حماري الخ.

....

وايضاً اذا كان مقتضاه التبرع كيف يجوز اشتراط عدمه، فان الشرط الذي ضدّ مقتضى العقد غير جايز ولازم، وكيف يجتمع ويخرج عن مقتضاه.

وكأنّه لذلك قال في التذكرة: لو قال: أعرتك حماري لتعيرني فرسك، فهي اجارة فاسدة، وعلى كل واحد منهما اجرة مثل دابّة الآخر.

كأنّه نقله وامثاله عن بعض الشافعيّة، ثمّ رجّح كونه عارية صحيحة مشروطة.

فيمكن ان يجاب عن السؤال بانّه غير داخل، ولا ترد الاجارة(١) لانّ معنى التعريف كما هو الظاهر كون تسويغ الانتفاع هو ثمرته، والمقصود منه، ومعلوم انّ الاجارة ليست كذلك، بل ثمرتها تمليك المنفعة بعوض معلوم، وهو ظاهر.

وكذا لاينقض بالسّكنى والعمرى والحبس والوصيّة بالمنفعة، ولايحتاج في الردّ(٢) الى مالايندفع بدونه، وهو زيادة بقاء الجواز بحاله.

ولا يرد عليه(٣) ايضاً أنّ التسويغ ثمرة الايجاب فقط لا ثمرتها(٤) معا ايضاً.

نعم يرد على التعريف أنّه يلزم ان يكون محض الايجاب(٥) عقداً، ويمكن التزامه فتأمّل.

او يقال إنّ المراد كون جنس هذا، ذلك (مثلاً ـ خ)، فلا يضرّ العوض في الجملة في بعض افراده اتفاقاً، كما قيل مثل ذلك في مواضع مثل الهبة، والبحث في

---

(١) يعني لايرد طرد التعريف بالاجارة.

(٢) اشارة الى ردّ مافي جامع المقاصد بقوله: والأولى أن يراد به التعريف مع بقاء الجواز انتهى.

(٣) أي على تعريف القواعد.

(٤) يعني ثمرة الايجاب والقبول.

(٥) فانّه قال في القواعد ـ وهواى العقد ـ كل لفظ دل على تسريع الانتفاع الخ.

....

امثالـه خارج عن المقصود وعمّا مهدّناه، الاّ أنّي قـد تركت ذلك للمتـابعة، وبيان الحق فتأمّل.

وينبغي ان يقال في المثـال المذكور ونحوه ان قصد بذلك الاجارة فهي اجارة فاسـدة، وان قصد العارية فـهي عـارية صحيحة، وصرّح في التذكرة بـأنّها عارية صحيحة، في آخر هـذه المسألة، وكأنّ قـوله: اجـارة فاسدة مـذهب العامّة، حيث صرّح به، ويمكن ان يكون على قصد الاجارة.

ثمّ هنا تحقيق في شرح القواعـد(١) ماعرفته تحقيقاً،بل التحقيق ماذكرته، فتأمّل، ولا تقلّد.

ثمّ انّ هذا العقد مشروع بالنصّ والاجماع، امّا النصّ فالكتاب قوله تعالى: وَتعاوَنُوا عَلى البِرِّ والتَّقْوى(٢) تأمّل في الدلالة.

والسنة فالرواية من العامّة والخاصّة، وهي كثيرة، وسيجيء.

امّا الاجماع فلا خلاف بين علماء الأمصار في جوازها والترغيب فيها.

ثمّ قـال في التذكرة: والعـارية مستحبة مـندوب اليها مرغّب فيها، لانّ اقتران منع الماعون في الآية(٣) ـمع المراي في صلاته. يدلّ على شدّة الترهيب (التزهيد ـخ) في منعها(٤) والترغيب في فعلها.

ولأنّها من البرّ، وقد امر الله تعالى فيها بالمعاونة فيه(٥) وليست واجبة في

---

(١) راجع شرح القواعد عند قول المصنف: ولوقال: اعرتك الدابة بعلفها فهي اجارة فاسدة الخ ج١ ص٣٤٣.

(٢) المائدة: ٢.

(٣) قال الله تعالى: اَلّذين يُراؤن وَ يَمنَعُونَ الماعُونَ ـ الماعون: ٧.

(٤) في التذكرة: يدل على شدّة الحثّ عليها والتزهيد في منعها.

(٥) اشارة الى قوله تعالى: «وَ تَعاوَنُوا عَلى البِرِّ والتَّقوى ـ المائدة: ٢.

....

قول اكثر اهل العلم للاصل.

ولمثل قوله (ولقول النبيّ ـ خ) صلّى الله عليه وآله: اذا اديت زكاة مالك فقد قضيت ماعليك (١).

وقال عليه السّلام: ليس في المال حقّ سوى الزكاة (٢).

وسأله الاعرابي، فقال: ماذا فرض (افترض ـ خ) الله علّي من الصدقة؟ قال: الزكوة، قال: هل علّي غيرها؟ قال: لا، أن تتطوّع(٣).

وقيل: انّها واجبة للآية(٤) ولما رواه ابوهريرة عن النبيّ صلّى الله عليه وآله، قال: مامن صاحب ابل لايؤدي حقّها، الحديث (الى ان قال ـ خ) قيل: يارسول الله وماحقّها؟ قال: اعارة ولدها، واطراق فحولها، ومنحة لبنها يوم ورودها(٥).

فذمّ الله تعالى مانع العارية، وتوعّده رسول الله بما ذكره في خبره.

والجواب المراد زيادة الترغيب، على أنّ قول علي عليه السّلام حجّة في تفسيره، الماعون الزكاة (٦) ولاريب في وجوبها، ولو حملناها على العارية، فالتوعد انّما وقع على الثلاث،قال عكرمة: اذاجمع الثلاث (ثلا ثتها ـ خ) فله الويل اذا سهى

---

(١) سنن ابن ماجة ج٣ باب ماادّى زكوته ليس بكنز ج١ ص٥٧٠ الحديث١٧٨٨.

(٢) سنن ابن ماجة ج٣ باب ماادّى زكوته ليس بكنز ج١ ص٥٧٠ الحديث ١٧٨٩.

(٣) سنن النسائي ج٨ص١١٨ (الزكوة) وفيه ذكر له رسول الله صلّى الله عليه (وآله) الزكوة فقال هل علّي غيرها؟ قال: الاّ ان تطوّع، الحديث.

(٤) الماعون: ٧.

(٥) سنن الدارمي ج١ باب من لم يؤدّ زكوة الابل الخ ص٣٨٠ وفيه مامن صاحب ابل لايفعل فيها حقّها ـ الى أن قال ـ قال رجل يا رسول الله ماحق الابل الخ قال: حلبها على الماء واعارة دلوها واعارة فحلها ومنحتها الخ.

(٦) الدرّ المنثور في تفسير سورة الماعون، ومتن الحديث هكذا: اخرج الفريابي ـ الى ان قال ـ والبيهقي في سننه عن علي بن أبي طالب (عليه السّلام) قال: الماعون الزكاة المفروضة يراؤن بصلاتهم، ويمنعون زكوتهم.

....

عن الصلاة ورائى ومنع الماعون(١).

الظاهر أنّ الخلاف من علماء العامة(٢) غير مشهور ومذكور عندنا، فيمكن ان يستدل عليه باجماعنا؛ والاّ فالاخبار المذكورة غير صحيحة وعلى تقدير صحتها يمكن تخصيصها، لدليل الوجوب، مثل ماتقدم، لوجوب حمل العام على الخاص، ولهذا مخصوصة(٣)، بالخمس والكفارات والنذور والديون.

وحمل دليل الوجوب على الترغيب فقط بعيد ومجاز، والتخصيص أولى.

ويبعد ايضاً حمل التوعد على الثلاث(٤) بحيث لايكون لمنع الماعون مثلاً دخلا(٥) في الكون في الويل، بل محال، مثل ذلك في كلامه تعالى، كما قيل مثله في جواب ردّ الاستدلال ـ بقوله تعالى: ماسلككم في سَقَر قالوا لَمْ نَكُ مِنَ المُصَلّينَ الآية(٦) وبقوله تعالى: «وَمَنْ يَفعَلْ ذٰلِكَ يَلْقَ آثاماً(٧)ـ على(٨) كون الكفّار مكلّفاً(٩) بالفروع انّ السّلوك وملاقاة الاثم قد يكون للمجموع من حيث المجموع،

---

(١) انتهى كلام التذكرة ج٢ ص٢٠٩.

(٢) في النسخة المطبوعة هكذا: الظاهر انّ الخلاف من علماء العامّة، اذ الخلاف غير مشهور ومذكور عندنا، فيمكن الخ.

(٣) الظاهر ان مراده انّ الآية وهو قوله تعالى: «ويمنعونَ الماعُونَ تختصّ بالخمس والكفارات والنذور والدّيون.

(٤) اراد بها الثلاث المتقدمة في كلام عكرمة.

(٥) هكذا في جميع النسخ، والصواب دخل بالرّفع.

(٦) بعدها قوله تعالى: ولم نَكُ نطعِمُ المِسكينَ وَكُنّا نَخوضُ مَعَ الخائضينَ وَكُنّا نُكذِّبُ بِيَوْمِ الدّينِ ـ المدّثر: ٤١ الى ٤٦.

(٧) ماقبلها قوله تعالى: والَّذينَ لايَدعُونَ مَعَ اللهِ إلهاً آخر ولا يَقتُلُونَ النَّفْسَ الّتي حَرَّمَ اللهُ إلّا بِالحَقِّ وَلايَزنُونَ وَمَنْ يَفعَلْ ذٰلِكَ يَلْقَ أثاماً ـ الآية، الفرقان: ٦٨.

(٨) قوله قدّس سرّه: على كون الكفّار الخ متعلق بالاستدلال، وقوله: انّ السلوك بيان لردّ الاستدلال، وقوله: بانّه لو لم يكن الخ بيان لجواب الردّ.

(٩) هكذا في جميع النسخ، والصواب مكلّفين.

....

فلا يلزم كون كل واحد واحد حراماً، بانّه لو لم يكن كذلك لزم كون ضمّ ماليس بحرام عبثاً.

وقول عكرمة(١) ان كان مراده ذلك ليس بحجّة.

نعم يمكن ان يقال: الاصل براءة الذمّة، والخبر المذكور (٢) ليس بصحيح ولاصريح في الوجوب، والآية (٣) ليست بصريحة في المعنى المبحوث عنه، اذ قد اختلف في تفسيرها، كما هو مذكور في محلّه، ويكفي النقل عن أمير المؤمنين عليه السّلام أنّ المراد هو الزكوة، ولو ثبت لم يبق للاستدلال بها وجه اصلاً.

قال: ولوجود معان كثيرة له في اللغة، في القاموس، الماعون المعروف، والمطر (الدائم ـ خ) والمأكل، وكل ماانتفعت به كالمعير (كالمعين ـ خ) وكل مايستعار من فأس وقدوم وقدر ونحوها، والانقياد، والطاعة، والزكوة، ومايمنع (عن الطالب ـ خ) ومالم يمنع (ضداً ـ خ) (٤).

فلا يمكن الاستدلال بوجوب مثلها بمثلها.

ويؤيّده أنّه أمر خاصّ، فانّه غير صريح في المنع عن عارية الماعون، بل قد يكون عن اجارتها وبيعها ونحو ذلك(٥)، فتأمّل.

ويؤيّده(٦) أيضاً انّ العقل والنقل دلّ على عدم جبر المالك على ملكه.

وايضاً أنّه ضرر، وانّه قد يكون صاحبه يحتاج ولم يكن حاضراً عنده،

---

(١) وقول عكرمة يعني فيما تقدم من قوله: قال عكرمة: اذا جمع الخ.

(٢) يعني مارواه ابوهريرة المتقدم نقله. (٣) الماعون: ٧.

(٤) انتهى ما في القاموس، مع اختلاف يسير.

(٥) يعني انّ الآية الشريفة غير صريحة في خصوص منع العارية اذ يمكن ان يكون المراد المنع عن الاجارة والبيع ونحوهما.

(٦) يعني يؤيّد عدم الوجوب.

....

ويصعب تحصيل المستعير، او يكون حينئذٍ مشغولا به.

وايضاً غير مضبوط في أيّ شيء؟ والى متى؟

فالظاهر عدم الوجوب، والاحتياط واضح، لايترك .

ويؤيّده أنّه قضاء الحاجة، وادخال السرور، خصوصاً بالنسبة الى الجار، والقريب (الغريب ـ خ)، فلا ينبغي الترك مهما امكن، وكذا كل احسان، والدليل على ترغيبه وحسنه أكثر من ان يحصى، كتاباً وسنة(١) واجماعاً وعقلاً، فتأمّل.

قال في التذكرة: امّا الاجماع فلا خلاف بين علماء الامصار في جميع الاعصار في جوازها والترغيب في فعلها، ولانّ هذا العقد جائز.

كأنّه بالاجماع، قال في التذكرة: عقد العارية جايز من الطرفين بالاجماع لكل منهما فسخه(٢).

فاذا جاز فسخه واخذ المعار بعد العقد، مطلقا، بالاجماع، ففي الابتداء بالطريق الأولى.

الا ان يقال: انّ القائل بالوجوب ابتداء لم يقل بالجواز من جانب المعير، فقد عرفت الاجماع على كون هذا العقد جائزاً، فلكل منهما الفسخ، الّا في مواضع، فانّه قد يلزمه بخصوصه، مثل القبر والدّفن وغير ذلك.

ثمّ اشار(٣) الى اركانه، وقال: (و ـ خ) هي اربعة، (الاول ـ خ) المعير وله شرطان ملكية المنفعة، واهليّة التصرّف التبرعية، فلا يصحّ اعارة الغاصب (في العين)، لأنّه منهي عن التصرف في الغصب ـ الى قوله ـ: ولايشترط ملكية العين في المعير، بل يكفي ملكية المنفعة، فلو استأجر عيناً جاز له ان يعيرها لغيره، الّا ان

---

(١) راجع ابواب فعل المعروف من كتاب الامر بالمعروف الوسائل ج١١.

(٢) التذكرة ج٢ ص٢١١.

(٣) يعني العلامة قدّس سرّه في التذكرة.

....

يشترط المالك مباشرة الانتفاع من نفسه (بنفسه ـ خ) فيحرم حينئذٍ الاعارة، ولو لم يشترطه جاز له، لانه مالك للمنفعة، ولهذا يجوز اخذ العوض عنها بعقد الاجارة، وكذا الموصى له بخدمة العبد وسكنى الدار يجوز لهما ان يعيراهما قاله في التذكرة(١).

ويمكن ان يقال يكفي جواز الانتفاع وان لم يكن المنفعة مملوكة كالموقوف له، ان قلنا به، وكذا المعارة، فيجوز مع اذن المالك.

ويحتمل ان يكون المعير بالحقيقة هو المالك.

ومنع اعارة المستعير في التذكرة، وقال: لايجوز للضيف ان يبيح الطعام لغيره، لأنّه غير مالك للمنفعة، بل مجرد الاباحة، ثمّ قال: ولكن يجوز للمستعير استيفاء المنفعة بنفسه، وبوكيله، ولا يكون ذلك اعارة الوكيل، اذا لم تعد المنفعة اليه.

كأنّه موقوف على عدم اشتراط اخذ المنفعة لنفسه، اذ معلوم أنّه معه ـ ولو كان بالقرينة الظاهرة ـ لايجوز.

ويفهم منه أنّه لابدّ ان تكون المنفعة عائدة الى المستعير، لا الوكيل، فان عادت اليه، لايجوز، ولا تصح الوكالة، بل يصير اعارة منه، كما اذا اعار الدار للسكنى، فيعطى غيره ليسكن فيه، وكذا ركوب الدابة وحملها، الّا ان يكون الحمل له(٢)، ويكون هو وكيلاً في بيعه، وايصاله الى موضع.

وفي الركوب أيضاً يحتمل اذا كان ذهابه الى ذلك الموضع لغرض المعير، وكالكتاب والقلم والدوات للعارية، فيجوز اعطائها لوكيله ليكتب له لالغيره.

والكلّ ينبغي، اذا لم يعلم الاختصاص، بل يكون ظاهراً انّ غرضه هو انتفاع المستعير مطلقا، سواء كان بنفسه او بغيره، فان اكثر المذكورات أنّها تعار

---

(١) التذكرة ج٢ ص٢٠٩.

(٢) أي يكون الحمل للمستعير.

....

للمستعير لانتفاعه بنفسه مع عدم القرينة.

وقال أيضاً: وشرطنا في المعير جواز التصرف، فلابدّ وان يكون بالغاً عاقلاً جائز التصرف، فلا يصحّ اعارة الصبيّ، لانّه ممنوع من التصرف التي من جملتها الاعارة، ولا اعارة المجنون، ولا المحجور عليه للسّفه او الفلس، لانّهم ممنوعون من التبرعات (عن التصرفات ـ خ) والاعارة تبرّع، وكذا ليس للمحرم اعارة الصيد، لأنّه ممنوع من التصرف، بل وليس بمالك عند الاكثر، ولو اسلم عبد الكافر تحت يده وجب بيعه من المسلمين، فيجوز للكافر اعارته للمسلم، مدّة المساومة، وكذا لوورث او ملك، ان قلنا بصحة البيع مصحفاً(١)(٢).

وقد مرّ البحث في الصبي وقلنا: لامانع عن بعض هذه الامور، مع اذن الولي، ويؤيّده ماسيجئ في الكتاب تجويز ذلك.

وقد مرّ البحث في عدم استقرار ملكيّة الكافر على المسلم، وفي السفيه كان مراده مع الحجر، بناءً على مذهبه، فتأمّل.

ثمّ قال في التذكرة: الركن الثاني المستعير، وشرطه ان يكون معيّناً واهلاً للتبرع عليه، فلو اعار أحد هذين او احد هؤلاء، لم يصحّ، لعدم التعيين، وكل واحد لايتعيّن للاعارة لصلاحيّة الآخر واستباحة منافع الغير، ولا يكون الّا بوجه شرعيّ، لانّ الاصل تحريم منافع الغير على غيره الّا باذنه، ولم يثبت.

ولو عمّم المستعير جاز، سواء كان التعميم في عدد محصور، كقوله: اعرت هذا الكتاب لهؤلاء العشرة اوفي عدد غير محصور، كقوله: لكل الناس، ولايّ احد من اشخاص الناس، او لمن دخل الدار، وبالجملة الكلّي معين، وان لم يكن عاماً

---

(١) انتهى كلام التذكرة ج٢ ص٢٠٩.

(٢) أي لوورث او ملك مصحفا، ان قلنا بصحة البيع.

....

كأيّ رجل اواي داخل، واحد الشخصين مجهول(١).

وانت تعلم أنّه ان كان القصد باحد الشخصين احدهما وايّهما كان بحيث جوّز لواحد منهما، بمعنى أنّه ليس لهما بل لاحدهما، فايّهما كان متصرفاً ومنتفعاً به فهو جائز، ولافرق بينه وبين العام المحصور في افادة التعيين.

واريد(٢) به مايصدق عليه احدمن غير تعيين وتخصيص، فيكون حينئذٍ عاماً محصوراً.

نعم لو قصد احداً معيّناً في نفسه وممتازاً عنده ـ وما عيّنه في العبارة مثل زيد لاعمرو ثم قال احدهما ولم يعلم ذلك ـ لم يصحّ، ويصير مثل المطلق الّذي اطلق واريد معيّناً، ولم ينصب قرينة معيّنة، فيكون مجملاً.

وان لم يعلم شيئاً، فالظاهر هو المعنى الاوّل، للتبادر، ولئلا يلزم الاجمال الّذي الاصل عدمه وعدم الفائدة، وحمل كلام العاقل على اللّغو.

ثم ذكر عدم جواز استعارة الكفّار العبد المسلم والأمة المسلمة، واستشكل، بناءً على جواز اجارتهم ونفي التسليط، بالآية(٣).

فتأمّل في دلالتها، وكذا في جواز اجارتهم، وكأنّه لذلك قال: والاقرب الكراهة ونفي(٤) اعارة المصحف ايّاهم، لتعظيمه، فوجب عدم وضعه عند من لايرى له حرمة وتعظيماً.

وبقي اعارة كتب الاحاديث ايّاهم على جواز بيعها عليهم وعدمه.

---

(١) التذكرة ج٢ ص ٢٠٩.

(٢) في النسختين المخطوطتين: (او وكيلاً مطلقا واريد الخ) والصواب ماأثبتناه.

(٣) وهو قوله تعالى: ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً.

(٤) حيث قال: وكذا لايجوز للكافر استعارة المصحف من المسلم وغيره تكرمة للكتاب العزيز وصيانة عمّن لايرى له حرمة.

....

ثمّ حكم بضمان المستعير المحرم الصيد ووجوب ارساله من يده، ومع التلف الضمان للمالك، والجزاء لله ايضاً يشكل ذلك (و-خ)مع علم المالك(۱) بان الصيد اذا وقع بيد المحرم يجب ارساله مطلقا، فيمكن عدمه لأنّه مفوت لماله عالماً، وامّا مع الجهل، فينبغي الضمان على تقدير الارسال، سيّما مع علمه، ولكن وجوب الارسال محلّ التأمّل، فانّه ملك الغير، فتأمّل.

ثم الظاهر عندهم أنّ غير البالغ العاقل كما لم يصحّ (يصلح-خ) للاعارة لم يصحّ (يصلح-خ) للاستعارة ايضاً لما تقدّم، وأنّه لاضمان على المجنون والصبي غير المميّز والمميز ايضاً، مع التلف على الاحتمال، لعدم وجوب الحفظ عليه، وكأن المالك اتلف مال نفسه، ومع الاتلاف يمكن الضمان، كما مرّ، فتأمّل.

والظاهر ان المحجور عليه للفلس، بل للسّفه أيضاً قابل للاستعارة.

ثمّ قال: الركن الثالث المستعار، وله شرطان، كونه منتفعاً به مع بقاء عينه، واباحة المنفعة، فكل ماينتفع به انتفاعاً محلّلاً مع بقاء عينه تصحّ اعارته كالعقارات والدوابّ والعبيد والثياب والاقمشة والامتعة والصفر والحلي، والفحل للضراب والكلاب (الكلب-خ) للصّيد، والحفظ واشباه ذلك بلاخلاف -الى قوله- والاعارة اوسع من الاجارة، فيجوز (لأنّه يجوز-خ) اعارة الفحل للضراب، ومنع كثير من اجارته لذلك، والكلب يجوز اعارته، ولايجوز اجارته، على أحد وجهي الشافعية(۲).

وقال أيضاً: ولابُد وان تكون المنفعة مباحة لتحريم الاعانة على المحرّم، فلو استعار آنية الذهب والفضّة للأكل والشرب، لم يجز أي اعارتها، ولو استعار كلب الصيد لهواً وبطراً لم يجز أي اعارته، وان كان للقوت او التجارة، جاز، وكذا يجوز

---

(۱) في النسخة المطبوعة: ويشكل ذلك مع علم المالك.

(۲) التذكرة ج۲ ص۲۱۰.

....

اعارة كلب الماشية والحائط والزرع لاباحة هذه المنافع منها، وكل عين يفرض لها منفعة مباحة ومحرّمة، فانّه يجوز اعارتها، لاستيفاء المنفعة المباحة، دون المحرّمة، فان استعارها لاستيفاء المحرّمة، لم تصحّ الاعارة، ولايستباح بها المنفعة المحلّلة، والاطلاق ينصرف الى المباح منها، ولولم يفرض لها منفعة مباحة محلّلة البتة، فلا يجوز (حرم استعارتها ـ خ) اعارتها(١).

وهذا الكلام يشعر بانّ الاجارة للانتفاع بالمحرم حرام، وأنّه لايجوز الانتفاع به ولا بالانتفاع المحلّل، اذا استعاره للمحرّم، الّا ان يحمل هنا على الشرط، وقد مرّ البحث في ذلك، فتأمّل وتذكر.

ثمّ قال: لايشترط تعيين العين المستعارة عند الاعارة، فلوقال: أعرني دابتك او دابة، فقال: ادخل الاصطبل وخذ ماشئت، صحت الاعارة، بخلاف الاجارة، لانّ فيها عوضاً، فلا يدخلها الغرر الذي لايتحمّل في المعاوضة (لايحتمل المعاوضة ـ خ)(٢).

ولا يخفى انّ هذا تمام، وقد مرّ في بحث المستعير أنّ في العام تعييناً، ولوقال بصحتها، اذا قال: اعرتك احدى هاتين الدابتين لعلم عدم اشتراط التعيين فيه نعم ان قيل بجوازه بالمعنى الثاني الذي فسّرناه هناك (٣) وحينئذٍ يظهر الفرق بين المستعير والمستعار في جواز عدم التعيين في الثاني دون الاوّل.

ولكن عدم الجواز هناك، لمامرّ من الاجمال وأنّه قصد امراً معيّناً عنده، ومشتبهاً عند المخاطب مع علمه بقصد التعيين، فكيف يجوز له ان يتصرّف بأيّهما اراد، والظاهر أنّه لايجوز فتأمّل.

---

(١) و(٢) التذكرة ج٢ ص٢١٠.

(٣) والظاهر أنّ جواب الشرط كلمة (صحّ) وحذفه لدلالة المقام عليه.

....

(الركن الرابع) الصيغة، قال فيها(١) لمّا كان الاصل في الاموال، العصمة، لم يبح شيء منها على غير مالكها الّا بالرّضا منه، ولمّا كان الرّضا من الامور الباطنة الخفيّة، تعذر الوصول اليه قطعاً، فاكتفي فيه بالظن المستفاد من العبارات والالفاظ ومايقوم مقامها، ولايختصّ لفظ (لفظاً-خ) بعينه، بل المعتدّ به في هذا الباب كلّ لفظ يدلّ على الانتفاع مع بقائها مطلقا او مدّة معيّنة كقوله: اعرتك واذنت لك، و(أو-خ) انتفع به، و(او-خ) خذه لتنتفع به، وما أشبه ذلك.

ولا يشترط القبول نطقا، فلوقال: أعرتك، جاز له الانتفاع، وان لم يتلفظ بالقبول، لأنّه عقد ضعيف، لأنّ ثمرته اباحة الانتفاع، وهي تحصل بغير عقد، كما لو حصل ظنّه بصديقه كفى في الانتفاع (بالانتفاع-خ) عن العقد، وكما في الضيف، بخلاف العقود اللازمة، فانّها موقوفة على الالفاظ (الفاظ-خ) خاصّة اعتبرها الشارع (الشرع-خ)(٢).

وقال ايضاً: والاقرب عندي أنّه لايفتقر الى لفظ، بل يكفي قرينة الاذن بالانتفاع من غير لفظ دالّ على الاعارة والاستعارة، لامن طرف المعير ولا من طرف المستعير آه(٣).

واعلم أن هذا صريح في أنّ العارية تتحقق بغير اللفظ وبغير القبول، بل غير العقد، فانّه عبارة عن ايجاب وقبول.

وقد عرفت عدم اشتراطها في العارية، وانّ العقد المثمر هنا هو مجرّد مايدلّ على جواز الانتفاع، والانتفاع الذي يحصل بفعل المستعير ليس بقبول، وهو جزء للعقد، اذا المجوّز للتصرّف الذي هو ثمرة العقد متحقّق بغيره، والّا لم يجز التصرّف

---

(١) أي في التذكرة. (٢) و(٣) التذكرة ج٢ ص٢١٠.

....

قبله، وكذلك الوكالة والوديعة واكثر العقود الجائزة، فتسميتها عقوداً ليس بسديد.

وكذا جعل الجعل لفعل الوكيل ماوكل فيه، وحفظ الوديعة، فانّه لابدّ من تحقّق العقد المثمر قبل الثمرة، وهو جواز التصرف، والحال انّه حاصل قبله، اذ يجوز لوكيل البيع بيع ماوكلّ فيه، قبل القبول وبعد الايجاب.

وكذا الانتفاع في العارية، فلو كان عقداً حاصلاً بهذا القبول، لما جاز ذلك وهو ظاهر ففي كلامهم مسامحة ومساهلة، فتأمّل.

فلعلّ تعريفها وجعلها من العقود، وتعريفها بأنّه عقد كذا او باللّفظ الدال، باعتبار الأغلب والاكثر.

ويمكن تعريف المصنف بقوله: (وهو لفظ دالّ آه) اشارة الى أنّ العقد هنا مجرد الايجاب، فلا يرد ما اورده الشارح(١).

تأمل وانّ(٢) الدليل على اعتبار اللفظ في العقود الخاصّة، بأنّه لابدّ من الرّضا، ولا يطلع عليه الاّ من طرف اللفظ، كما يستدلون به غير تامّ.

اذ يمكن الاطلاع عن غيره، كما في الصديق وسائر ماتضمّنه الآية(٣) فانّه اذا جوّز الشارع اتلاف وتضييع أنفس اموال شخص بالأكل، فجواز عارية مثل كتابه بخطه في بيته والجلوس في داره ونحو ذلك -بل البيع- بعوض كثير في امور قليلة جداً، بحيث يجزم العقل تجويز مثله بذلك العوض مع العلم بأنه يريد بيعه- بالطريق الاولى(٤).

---

(١) يمكن ان يكون اشارة الى ماقاله الشهيد الثاني في المسالك في شرح قول المصنف: وهو عقد، من قوله: واعلم أنّ جعلها عقداً يقتضي اعتبار الايجاب والقبول اللفظيين، لأنّ ذلك هو المفهوم من العقد وان لم ينحصر في لفظ الخ راجع كلام المسالك.

(٢) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب، فانّ الخ.

(٣) النور: ٦١.

(٤) خبر لقوله قدّس سرّه: فجواز عارية مثل كتابه الخ.

....

وبالجملة ينبغي ان يكون العلم متبعاً في الكلّ، بل الظنّ الغالب القائم مقامه، بحيث لايكون دلالته اضعف من اللفظ المحتمل عدم ارادة معنى له اصلاً او معنى مجازياً ونحو ذلك.

نعم ان ثبت ان شيئاً من العقود موقوف (موقوفة ـ خ) على اعتبار الشرع اللفظ، المعتبرفيه،فهومتبع،والاّفالأمر كماتقدم،فتأمّل.

ثمّ نقل في التذكرة الخلاف عن بعض الشافعية في اعتباراللفظ من جانب المعير لامن المستعير، واعتبر فيه القبول،إمّاباللفظ او (وإمّا ـ خ) بالفعل فقط، ومن البعض أنّه لابدّ من اللفظ من احد الطرفين من المعير او المستعير، والفعل من الآخر، ثمّ قال: فالاقرب ماتقدّم.

اشارة الى عدم الاعتبار باللفظ في طرف اصلاً، بل يكفي مايدّل على الاذن بالانتفاع.

وقال أيضاً: وقد جرت العادة بالانتفاع بظرف الهدية المبعوث اليه واستعماله كاكل الطعام من القصعة المبعوث (اليه ـ خ)، فانه يكون عارية، لأنّه انتفاع (منتفع ـ خ) بملك الغير باذنه، وان لم يوجد لفظ يدلّ عليه: بل شاهد الحال(١).

والظاهر استعمال القصعة في أكل الطعام الذي فيه مأذون صريحاً اذا كان مطبوخاً، فانّ العادة ذلك، بل ربّما لم يرض المالك بالصبّ منه والاكل في موضع آخر، لحصول تغيير في طعامه في الجملة وعدم بقائه على حسن حاله الّذي كان مقصوداً بقائه عليه، بل السّفرة التي فيها الطعام، فانّه قد يكون المنظورنشرها ووضع الطعام فيها، لأنّه أحسن.

(١) التذكرة ج٢ ص ٢١١.

وانما تصحّ من جائز التصرف.

ولو اذن الولي للطفل، صحّ أن يُعير مع المصلحة.

نعم قد يكون معه ما يدلّ على عدمه، وذلك يعرف بالقرائن.

وامّا استعماله في غير الطعام الذي فيه فذلك قد يكون معلوماً من باب الصداقة من الصحبة المتكررة، والّا فلا ينبغي الاستعمال.

وأما بعث الطعام فيه الى الغير، بل بعثه مع الخادم والغلام الى اهله، و كل شخص غير عدل بل العدل أيضاً فان علم الاذن مع القرينة على ماوجّهنا فجاز (مجاز-خ)، والّا فالظاهر هو الامتناع من ذلك كلّه، لأنه تصرّف وتسليط على مال الغير بغير الاذن.

نعم قد يؤخذ جواز ذلك من العرف والعادة، خصوصاً خادم صاحب المال، ولكن فيه تأمل، خصوصاً اذا كان طفلاً فلا ينبغي تسليطه، وتعريفه (تعريضه-خ) بالاستقلال، الا مع العلم، فتأمّل واحتط.

قوله: وانّما تصحّ من جائز التصرّف الخ. يعني لايجوز ولا يصح الاعارة الّا من جائز التصرف او ممّن يجوّز له ذلك، مثل الطفل اذا جوّز له الولّي، فلو اذن الولي للطفل ان يعير ماله مع المصلحة جاز، فان عبارته معتبرة في الجملة، مع ان العقد الجائز لايشترط فيه اللفظ، فانّ الغرض مايدلّ على رضاء المعير، فاذا فهم اذنه في ذلك للصبّي، وقال الصبي: أعرتك، لامانع من المصلحة، اذا علم منه رضاه بذلك من قوله: أعرتك هذا، ولابعد في ذلك.

وكذا يفهم من فعله بغير لفظ، فانّهم قد صرّحوا بجواز أخذ الهدايا والتّحف من الصبي المميّز.

وكذا انّ قولهم مسموع وكاف في الاذن بدخول البيت بخبرهم (لخبرهم-خ) باذن صاحب البيت، مثل ابيهم.

وفي مثل ذلك اشارة الى أنّهم غير معزولين بالكليّة.

وكلّ ما صحّ الانتفاع به مع بقائه صحّ اعارته.

ويقتصر المستعير على المأذون، فيضمن الأجرة والعين لو خالف.

فلا بعد في جواز الاعتبار باقوالهم ولفظهم بعد أن أذن الولي في العقود اللازمة ايضاً، فتأمّل(١).

ثم لايخفى أنّ قوله: (مع المصلحة) يدلّ على أنّ المستعار هومال الصبي، اذ لو كان مال الولّي فلايحتاج إليها، كما في صورة يعيره هوبنفسه وبوكيله وغير الصبي. والمصلحة مثل ان لم يعره يأخذه الظالم ونحوه، فتأمّل.

واعلم أنّ قول المصنف: (وانّما يصحّ الخ) لايخلوعن تأمل، من جهة الحضر ثم التجويز مع اعتبار المصلحة، وان كان عبارة الصبّي من دون فهم الاذن من الولّي لااعتداد به، ومعه يكون المعتمد هو كلام الصبي، فكأنه هو الدال مع القرينة، لأنّه ممّيز، والعقد ضعيف، فيكفيه مثله.

قوله: وكلّما صحّ الانتفاع الخ. اشارة الى شرط المعار، والمراد بالانتفاع هو الانتفاع الشرعي وهوظاهر، وقد مرّ.

قوله: ويقتصر المستعير على المأذون الخ. يعني لايجوز للمستعير ان يتجاوز عن المأذون له من الانتفاع بالعين المستعارة، الّا ان يكون مساوياً في الضرّر او انقص، الّا ان ينهي عن التجاوز عن المعيّن الخاصّ، فلايجوز التخطي بوجه، ذكر الاقل ضرراً (له ـ خ) والمساوي في التذكرة وغيرها.

وفيه تأمّل، خصوصاً في المساوي، والجواز غير بعيد، مع القرينة بانّ المقصود غير متعلّق بالمستعير والمعير، والقرينة المقيدة متبّعة، ومع عدمها يحتمل الجواز، لعدم غرض يتعلق بالمعيّن غالباً، ولأنّ العرف يقتضي عدم المضايقة في مثل

---

(١) لعله اشارة الى ماتقدم منه قدّس سرّه في كتاب التجارة فراجع ص١٥١ـ١٥٣من ج٨.

....

ذلك.

ويؤيّده جواز ركوب المساوي للدّابة المستأجرة واجارتها للمساوي والأدنى.

والاحتياط العدم، لعدم جواز تسليط احد على مال الغير الا بأذنه المعلوم، والفرض عدمه، فتأمّل.

فان تجاوزأثم، لأنّه خالف الشرّع، وضمن الاجرة،أن كانت ذا اجرة، والعيّن ايضاً، لأنه صار يده يد ضمان وغصب، ولا يبرأ منه الآ بالتسليم او بالاسقاط على الاحتمال الأقوى، كما مرّ في الوديعة فتذكّر.

وان عممّ فله الانتفاع به، أي انتفاع يجوز للمالك والانتفاع المتعارف المطلوب منه عرفاً، وعادة.

واذا استعار ارضاً غير معدّة للدفن، لايجوز الدّفن.

قال في التذكرة: لأنّ مثل هذه المنفعة لايكفي فيها الاطلاق، بل يجب ذكرها بالنصوصية، فاذا كان دابّة لاتحمل اكثر من طاقتها ولا تركب كذلك، ولا يسافر بها اكثر ممّاتستطيع من السرعة والبطؤ المتداولين، ولابالليل والنهار معاً، واذا كان للحمل مثل الحمار لايحرث، واذا كان للركوب لايحمل، ونحو ذلك، الآ مع التصريح، واذا اطلق، فالظاهر أنه مثل العام، فانّ المتبادر منه العموم، ولأنّ عدم التعيين يشعر بعدم الفرق عنده بين الانتفاعات، والآ لعيّنه، ولانّ تعيين احدها بعينه بحيث لايجوز الآ ذلك من بين الانتفاعات ترجيح بلامرجح،وصرّح بذلك في التذكرة، هذا مؤيد لما مرّ في تعيين المستعير، فتذكّر وتأمّل.

وبعض منع من ذلك، واشترط التعيين او العموم، وهو غير ظاهر.

نعم ان علم أنّ المراد احدهما بعينه يصير مجملاً، ولايجوز الانتفاع اصلاً، لعدم العلم به، وقد مرّ مثله في تعيين المستعار له، فتأمّل وتذكّر.

وقال في التذكرة: ليس له ان يوجر، ولا أن يبيع، لأنّه غير داخل في مفهوم

ويصح اعارة الشاة للحلب.

العارية، والاقرب أنّ له ان يرهن مع التعميم، دون الاطلاق.

والظاهر انّ ذلك مع التعارف، والاّ فهو انتفاع خاصّ، لايتبادر، فانّ الرّهن لايفهم منه الانتفاع والعارية له، الاّ مع مع القرائن او التصريح أو تعميم مع مبالغة، مافيه، حتى يفهم، فتأمّل.

قوله: وتصح اعارة الشاة للحلب. كأنّه لاخلاف فيها عندنا (و ـ خ) لانّه لامانع منه عقلاً ونقلاً، والاصل الجواز، وتسلّط المالك على ملكه، فله ان يسلّط غيره بالانتفاع بها، ولأنّه بمنزلة وكالة في الانتفاع، ولأنّه قد يوجد (وجد ـ خ) جميع شرائط صحتها، فيوجد ضرورة، ولأنّه قد يحتاج اليها، فشرعها يناسب الشريعة السمحة والحكمة، ولعموم ادلّة هذه العقود.

قال في التذكرة: يجوز اعارة الغنم للانتفاع بلبنها وصوفها ـ الى قوله ـ وقد روي عن النبيّ صلّى الله عليه وآله: انه قال: العارية مؤدّاة والمنحة مردودة والدين مقضي والغريم غارم(١) المنحة هي الشاة.

ومن طريق الخاصة مارواه الحلبي في الحسن، عن الصادق عليه السّلام في الرّجل يكون له الغنم يعطيها بضريبة سمناً شيئاً معلوماً او دراهم معلومة من كل شاة كذا وكذا، قال: لابأس بالدرّاهم، ولست أحبّ ان يكون بالسمّن(٢).

وصحيحة عبدالله بن سنان أنّه سأل الصادق عليه السّلام، عن رجل دفع الى رجل غنمه بسمن ودراهم معلومة لكل شاة كذا وكذا في كل شهر؟ قال: لابأس بالدراهم، فامّا السمن فلا أحبّ ذلك الاّ ان تكون حوالب فلابأس(٣) واذا

---

(١) عوالي اللئالي: ج٣ ص٢٥٢ حديث نقلا عن سند احمد بن حنبل مع اختلاف يسير.

(٢) الوسائل الباب٩ من ابواب عقد البيع الرواية١ وفيه سنة بدل سمناً ج١٢ ص٢٦٠.

(٣) الوسائل الباب٩ من ابواب عقد البيع الرواية٤ وفيه كما في الكافي ايضاً سألت اباعبدالله عليه السّلام.

....

جاز ذلك مع العوض فبدونه أولى(١).

كلاهما حسنة في الكافي، لابراهيم بن هاشم(٢)، وما رأيت في غيره.

ولعلّ مراده أنّه اذا جاز جعل اللّبن عوضاً لعمل الرّاعي وهو حفظه الغنم ورعيه ومراعاته، فاعطاه بلاعوض يكون جائزاً بالطريق الأولى.

و بالجملة مانجده مانعاً من ذلك الّا ماقيل انّ الاعارة لابّد ان تكون لاخذ المنفعة واللّبن والصوف مثلاً عين، فلايجوز.

والظاهر أن لاخلاف في الغنم للحلب فعلم أن ليس ذلك مانعاً عقلاً، وليس في الشرع ايضاً مانع، وهوظاهر، الّا قول بعض الاصحاب أنّه عقد فائدته التبرّع بالانتفاع بالعين مع بقاء العين مطلقا او مدة معيّنة ونحوه، وذلك غير صريح في كون الانتفاع غير اخذ عين، فانّ الانتفاع من العين قد يكون بأخذ عين أخرى منه من نمائها وثمرتها، وقد يكون بمجرّد الانتفاع بمنفعتها، وهو ظاهر.

فان المنفعة من بستان نخل، الثمرة وكذا الشجرة، ومن الغنم الناقة الولد والصّوف والوبر والشعر واللبن وغير ذلك، وهوظاهر والحاصل أنّه على تقدير اشتراط الانتفاع بالنص، لادليل على عدم اطلاق المنفعة على الاعيان الحاصلة من الاعيان المعارة في العقل. والنقل.

نعم لابد ان يكون منفعة لعين مع بقائها في الجملة، ولايدلّ على ذلك اجماعهم على عدم الاجارة بمثلها ،لانّ الشرط هوتمليك المنفعة،لاالعين واللبن ونحوه عين، لانا لانسلّم ذلك ايضاً، فانّه لانص على ذلك ايضاً، الّا أنّه قد ادعى الاجماع، ولكن في الاجماع مافيه، ولايحتاج الى البيان.

(١) انتهى كلام التذكرة ج٢ ص٢١٠.

(٢) سند الاولى هكذا: علي بن ابراهيم عن ابيه عن ابن ابي عمير عن حمّاد عن الحلبي وسند الثانية هكذا: علي بن ابراهيم عن أبيه عن ابن محبوب عن عبدالله بن سنان.

والامة للخدمة للاجنبي.

وعلى تقدير التسليم لايلزم كون ذلك في العارية ايضاً ـ لأنّه قياس ـ للاجماع ولا تلازم بينهما، الا ترى أنّه يجوز اعارة الشاة للحلب بالاجماع، ولايجوز اجارتها لذلك، فلا يبعد جواز اعارتها للانتفاع بصوفها، وكذا اعارة غيرها من النعم للانتفاع ببعض الاعيان الحاصلة منها، كما صرّح به في القواعد وغيره، فتأمّل.

قوله: والامة للخدمة للاجنبيّ. أي يجوز اعارة الأمة للخدمة، وان كان المستعار له اجنبياً غير محرم (لها ـ خ) بوجه، فيقتصر على الانتفاع بخدمتها، مالم يجوز غيرها، فان اجاز النظر الى الامة ـ وان لم يكن يريد شرائها او نكاحها مع حصول شرائطه مثل عدم التلذذ وخوف الفتنة ـ فله ذلك ايضاً، وكذا الخلوة بها على الظاهر، وان قلنا بتحريم الخلوة بالأجنبيّة مطلقا في الحرّة، اذ لادليل في الحرّة الّا بعض الاخبار من العامة(١) والخاصّة ايضاً(٢) ولكن غير صحيحة ولا صريحة، ولا عامّة، وان قلنا في الامة أيضاً بتحريم الخلوة بها، فيمكن فهم تجويزها هنا من تحليل الخدمة، فان الغالب أنه لاينفك عنها خصوصاً اذا كان وحده في بيت، فهي تخدمه.

وكذا يمكن جواز سماع صوتها على تقدير القول بتحريم ذلك في الحرّة والامة.

على أنّه لادليل عليه، بل جواز الرؤية ايضاً، فانّه قد يفهم تجويز ذلك من عموم تجويز الخدمة ليلاً ونهاراً، فيكون مستفاداً من عموم تجويز الانتفاعات ان قلنا

---

(١) في صحيح مسلم باب تحريم الخلوة بالاجنبيّة والدخول عليها، عن جابر قال: قال رسول الله صلّى الله عليه (وآله): ألّا لايبيتن رجل عند امرأة ثيّب الّا ان يكون ناكحاً اوذامحرم.

ونقله في كنز العمال ج٥ ص٣٢٠ وص٣٢٣ ايضاً الّا انه نقل بلفظة: عند امرأة في بيت الّا ان يكون الخ. وفي المجلد السادس عشر: لا تنحجن ولا تعقدن مع الرجال في خلاء (تحت رقم٤٥١٠٨).

(٢) الوسائل الباب٩٩ من ابواب مقدمات النكاح ج١٤ ص١٣٣.

....

يجوزذلك بمجرد تجويز المالك واذنه مطلقا، من غير اشتراط صيغة خاصّة دالة على التحليل.

على أنّ في التحليل مطلقا مع الصراحة ايضاً تأمّلاً وخلافاً. وفي تحليل بعض الامور دون بعض بالطريق الاولى، فانه قد يؤول الى تجويز رؤية أمة على وجه شرعيّ بعقد تحليل لأناس كثيرة، فيمكن التلذذ به، بل اللّمس والتقبيل ايضاً، وتجويز مثل ذلك غير معلوم، الّا أنّ لايجوّز والتعدد، فيه، كما لم يجوّزوا في اباحة الوطئ، والاحتياط لايترك .

قال في التذكرة: لايجوز اعارة (استعارة ـ خ) الجواري للاستمتاع على الأشهر، لعموم قوله تعالى: والذين هم لِفُروجهِمْ حافِظُونَ اِلّا عَلى أزواجِهِمْ اَوْ مـاملكَتْ أيمـانكُمْ(١). والبضع لايستباح الّا باحد الاسباب الآتية، الزوّجيّة، والملكيّة، والاباحة بلفظها، او بلفظ التحليل، دون العارية والتمليك وشبهه(٢).

كأنّه خلاف في الجواز(٣)، لعلّه عند العامّة، والّا فقد ادّعى الاجماع في الشرائع عندنا على عدم جواز اعارتها له، وهو ايضاً بعيد، لانّ عندهم لايجوز التحليل، لأنّه خارج عن الحصر(٤) واصحابنا جوّزوا، لرواياتهم(٥) وتكلّفوا بادخاله في العقد المنقطع او الملك، فان ملك المنفعة ايضاً ملك يمين، فتأمّل.

وامّا اجارتها للخدمة فالظاهر انه لاخلاف فيها عندنا مطلقاً.

---

(١) المؤمنون ـ ٥ ـ ٦.

(٢) التذكرة ج٢ ص٢١٠.

(٣) يعني يستفادمن كلام العلامة قدّس سرّه:(على الاشهر) أن في جواز استمتاع الجواري بلفظ العارية، خلاف.

(٤) يعني الحصر في الآية الشريفة.

(٥) راجع الوسائل الباب ٣١ إلى ٣٧ من ابواب نكاح العبيد والاماء، ج١٤ ص٥٣١.

وينتفع المستعير بماجرت العادة.

ويدل عليه الرواية الصحيحة، عن محمّد بن قيس (الثقة-خ) عن أبي جعفر عليه السّلام، قال: قضى اميرالمؤمنين عليه السّلام في رجل اعار جارية فهلكت من عنده ولم يبعها غايله، فقضى ان لايغرمها المعار ولا يغرم على الرّجل الدابة مالم يكرهها اويبعها غايلة(١).

وعند العامة ايضاً، قال في التذكرة: يجوز استعارتها للخدمة، سواء كان المستعير رجلاً او امرأة، وسواء كانت الجارية شابة او عجوزاً، وسواء كانت قبيحة المنظر او حسنة، لكن يشتدّ كراهة اعارة الشابّة لمن لايوثق به، ومنع (ومنعه-خ) الشافعيّة خوف الفتنة، ولو اعارها من المحرم، او كانت صغيرة لا تشتهي او قبيحة المنظر (كذلك-خ) او كبيرة، كذلك، فلا كراهة، وللشافعية وجهان احدهما التحريم والثاني الكراهيّة، ويكره استعارة احد الابوين للخدمة، لانّ استخدامهما مكروه، لمنافاته التعظيم لهما والتوقير، وتستحب استعارتهما للترفّه(٢).

قوله: وينتفع المستعير بما جرت به العادة. قد مرّ تفصيله، وان مرجع ذلك في قدر الانتفاع زماناً هو العرف المعلوم، وكذا وصف الانتفاع، فلو اعار بساطاً وفرشاً اقتضى العادةفرشه (فراشه-خ) وقت الجلوس عليه ونحوه من الوجوه المعتادة.

ولا يبعد جواز التدثّر به ايضاً، لأنّه اقلّ ضرراً، ويعلم ذلك من تجويز الأفتراش،بخلاف انّ لو استعار لحافاً للالتحاف او مطلقاً، لايجوز افتراشه، الّا ان يعار بما يدلّ على ذلك، ونحو ذلك.

قال في التذكرة: ان لم يكن للعين الّا منفعة واحدة، كالدراهم للزينة فهو متعيّن، وان تعدّدت فان عيّن نوعاً تعيّن، وان لم يتعيّن فان عمّم جاز الانتفاع

(١) التهذيب باب العارية من كتاب التجارات حديث٣ ج٧ص ١٨٢.
(٢) التذكرة ج٢ ص٢١١٠.

فان نقص عن العين شيء (شيئاً ـ خ) بالاستعمال او تلف (تلفت ـ خ) به من غير تفريط لم يضمن.

بجميع الوجوه، وان اطلق، فالاقوى أنّه كذلك، وقد مرّ تفصيله ايضاً.

قوله: **فان نقص من العين الخ**. يعني اذا استعمل المستعير العين المعارة فنقص بالاستعمال منها شيء او تلفت من غير تعدّ عمّا حدّ له، فما ترك واجباً ولافعل حراماً، لم يضمن المستعير ذلك النقص والتلف، الّا ان يشترط الضمان في العارية، بان اعارها واشترط عليها ضمان نقصها وتلفها مطلقاً، وحينئذٍ يضمن النقص والتلف مطلقا، سواء كان بالاستعمال او بغيره، بان تسرق او تحرق من غير اختياره.

اما عدم الضمان المذكور فوجهه ظاهر، لأنّه سلّطه على مايقتضي ذلك بلاعوض، فلا معنى للالزام بالعوض، فانّ مقتضى اطلاق هذا العقد عدم الضمان، والفرض هو الاطلاق، فلو لبس الثوب حتى يبلى او ينقطع فيذهب بالكليّة، وكذا الشمعة بالاشتعال، ان جوّز اعارتها فلا ضمان، وهو ظاهر.

ويدل عليه الروايات الصحيحة ايضاً، ولكن في بعضها قيد، بأنّه ان كان اميناً لم يضمن.

مثل صحيحة ابن سنان له كأنه عبدالله لرواية النّضر عنه، ولرواية عن أبي عبدالله عليه السّلام، ولتصريحه به في الكافي، قال: سألت اباعبدالله عليه السّلام عن العارية؟ قال: لاغرم على مستعير عارية اذا هلكت، ان (اذا ـ ثل) كان مأموناً(١).

لعلّه محمول على أنه لم يتعدّ ولم يفرّط، فانّ المتعدّي والمفرط غير مأمون

(١) الوسائل الباب ١ من ابواب العارية الرواية٣ وفي الكافي عن عبدالله بن سنان والسند كما في التهذيب هكذا: الحسين بن سعيد عن النضر عن بن سنان.

....

(مأمونين-خ) وتاركه مأمون (مأمونين-خ).

ووجه ضمان المفرّط والمتعدى ظاهر، لأنّ يده حينئذٍ يد غصب وضمان، فيكون ضامناً، لايخلص منه الّا بالتسليم سالماً او بالابراء او الاسقاط، او الاعارة الجديدة، فلو تلفت بغير الاستعمال وبايّ وجه كان يكون ضامناً على مامرّ في الوديعة مع مافيه من احتمال الاختصاص اذا تلف بذلك، الّا أن(١) يكون التلف بحيث يكون وجوده وعدمه سواء في التلف، فتأمّل.

وامّا ان شرط فالظاهر أنّه شرط جائز لامخالفة في العقل والنقل.

وقولهم: مقتضى العارية التبرّع، يريدون به مع الاطلاق، وبدون الشرط، لامطلقا.

فهو شرط غير مناف لمقتضى العقد، ولا مانع منه، فيكون جائزاً، فيلزم الوفاء، لانّ المسلمين عند شروطهم(٢).

ويدل عليه الاخبار الصحيحة ايضاً، خصوصاً في العارية، مثل مافي صحيحة أبي بصير عن الصادق عليه السّلام، قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وآله: بل عارية مضمونة(٣).

وفي الصحيح، عن ابن مسكان (سنان-خ) قال: قال ابوعبدالله عليه السّلام: لايضمن العارية، الّا ان يكون اشترط فيها ضماناً، الّا الدنانير فانها

---

(١) لا ان يكون في مطبوع.

(٢) راجع الوسائل الباب٢ من ابواب الخيار الرواية١ و ٢ و ٥ وغيرها من الابواب المتفرقة في كتاب التجارة والنكاح.

(٣) متن الرواية هكذا: عن ابي بصير (يعني المرادي) عن ابي عبدالله عليه السّلام قال: سمعته يقول: بعث رسول الله صلّى الله عليه وآله الى صفوان بن اميّة فستعار منه سبعين درعاً باطراقها (باطرافها-خ) فقال: اغصباً يامحمّد الخ فقال النبيّ صلّى الله عليه وآله: بل عارية مضمونة الوسائل الباب١ من كتاب العارية الرواية٤.

....

مضمونة، وان لم يشترط فيها ضماناً(١).

وحسنة الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السّلام، قال: صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان، وقال: اذا هلكت العارية عند المستعير لم يضمنه، الّا ان يكون قد اشترط عليه(٢).

وحسنة زرارة، قال: قلت لابي عبدالله عليه السّلام: العارية مضمونة؟ (قال ـ خ) فقال: جميع ما استعرته فتوى(٣) فلا يلزمك تواه، الّا الذهب والفضة فانهما يلزمان، الّا ان يشترط عليه انّه متى توى لم يلزمك تواه، وكذلك جميع ما استعرت واشترط عليك لزمك، والذهب والفضة لازم لك وان لم يشترط عليك(٤).

واعلم انّ هذه تدل على كون الذهب والفضة مضمونين مطلقا، مسكوكين ام لا.

وكذا رواية اسحق بن عمّار، عن أبي عبدالله و(٥) أبي ابراهيم عليهما السّلام، قال: العارية ليس على مستعيرها ضمان الّا ما كان من ذهب وفضة فانّهما مضمونان اشترطا او لم يشترطا، وقال: اذا استعرت عارية بغير اذن صاحبها، فهلكت، فالمستعير ضامن(٦).

---

(١) الوسائل الباب٣ من كتاب العارية الرواية١.

(٢) اورد صدره في الوسائل في الباب ٤ من ابواب الوديعة الرواية١ وذيله في الباب١ من ابواب العارية الرواية١.

(٣) التوى مقصوراً ويمدّ هلاك المال.

(٤) الوسائل الباب٣ من ابواب العارية الرواية٢.

(٥) في جميع النسخ والتهذيب بالواو وفي الوسائل والفقيه او بدل واو.

(٦) الوسائل الباب ٣ من ابواب العارية الرواية٤ واورد ذيله في الباب٤ من تلك الابواب الرواية١.

الّا ان يشترط المعير.

صريحة فيه، وهي صحيحة في الفقيه الى اسحق(١)، وهو لابأس به، ولايضرّ كونه فيه، وكون علي بن سندي في التهذيب(٢).

فالظاهر الحكم عامّ.

ولا يضرّ وجود الدنانير في صحيحة ابن مسكان، اذ لامنافات، لاحتمال كون (ان يكون-خ) المراد بها اعمّ، مع أنّ في صحّتها تأمّلاً(٣) والحصر في الدنانير(٤) ويمكن حملها على الذهب مطلقا، واستشكل في التذكرة، لما مرّ.

ويؤيّد العدم الاصل، وعدم الضمان في العارية، وعدم صحة خبرهما.

ومنه علم انّ من العارية مالايضمن الّا مع الشرط او التفريط، وهو غير الذهب والفضة، ومنها مايضمن مالم يشترط عدمه، وهي الذهب والفضة، مطلقا، وغيرهما مع التفريط، فان شرط عدم الضمان، فالظاهر أنّه لاضمان حينئذٍ، ويصيران هما كسائرهما، وقد مرّ دليله.

وفيه دليل على جواز اسقاط ضمان مالم يلزم وقد اشرنا اليه في الوديعة، فتذكر، وتأمّل.

قال في التذكرة: لو شرط سقوط الضمان في العارية المضمونة، كالذهب والفضة وغيرهما ممّا فيه الضمان على مذهبنا، فالأولى السقوط، عملاً بالشرط، وقد سبق، وكذا لوشرط الضمان في العارية صحّ، فاذا اسقط (اسقطه-خ) بعد ذلك

---

(١) وسندها -كما في مشيخة الفقيه- هكذا: وما كان فيه عن اسحق بن عمار فقد رويته عن ابي رضي الله عنه عن عبدالله بن جعفر الحميري عن علي بن اسماعيل عن صفوان بن يحيى عن اسحق بن عمار.

(٢) وسندها كما في التهذيب هكذا: محمّد بن علي بن محبوب، عن علي بن السندي عن صفوان، عن اسحق بن عمار.

(٣) في بعض النسخ: وفي صحتها تأمّل.

(٤) يعني ولا يضر الحصر في الدنانير في صحيحة ابن مسكان.

أو يستعير المحرم صيداً

اومن الغاصب

أو يستعير ذهباً أو فضة.

سقط(١).

وكذا مرّ دليل ضمانها (ضمانهما ـ خ) بدون الشرط، ولعله لاخلاف عندنا في ذلك، وكذا(٢) دليل عدم الضمان فيما لاضمان فيه الّا مع التفريط والشرط، والضمان بدونهما.

قوله: اويستعيرالمحرم صيداً الخ. فيضمن لأنّه ليس له امساكه، فيجب ارساله، وضمانه لمالكه، ولو تلف قبله يضمن الكفّارة لله، والقيمة للمالك، ولو كان المالك الذي اعاره عالماً لم يبعد عدم ضمانه له، مع وجوب الارسال على المحرم المستعير، ومع جهله في وجوب ارسال الصيد حينئذٍ تأمّل، بل ينبغي الضمّان عليه لله وتسليمه للمالك، وقد مرّ البحث فيه(٣) فتذكّر.

قوله: اومن الغاصب. أي اذا استعار من الغاصب العين المغصوبة ضمنها المستعير ايضاً كالغاصب.

لاشك في ذلك مع علم المستعير بالغصب، وأمّا مع جهله فيمكن ان يكون مثل الأمانة الشرعيّة بعدحصول العلم به فيعلم صاحبها او يردّها اليه فيضمن بالتأخير على ماقالوه فيها.

قوله: اويستعير ذهباً الخ. لاينبغي الاشكال والخلاف في جواز استعارة الذهب والفضّة، لانّ لهما منفعة يمكن استعارتها (استفادها ـ خ) مع البقاء، مثل

---

(١) التذكرة ج٢ ص٢١٤.

(٢) يعني مرّ.

(٣) راجع مجمع الفائدة ج٦ ص٤٠٤ ـ ٤٠٥ كتاب الحج.

الّا أن يشترط سقوط الضمان.

وكذا البحث لو تلفت بغير الاستعمال.

ولو فرط ضمن.

الارتهان والضرب بالطبع والتزيين نعم لو استعيرا لغير منفعة لايصح كغيرها.

وقد مرّ في الاخبار(١) مايدل على صحة عاريتهما وأنهما مضمونان مطلقا الّا مع شرط سقوط ضمانهما.

قال في القواعد: والاقرب استعارة الدراهم(٢) والدّنانير، ان فرضت لهما منفعة حكميّة كالتزيين (بها ـ عد) والضرب على طبعها.

وجه خلاف الأقرب غير ظاهر، الّا ان يكون النزاع في كون مثل تلك المنفعة مقصودة للعقلاء وتجوز العارية لذلك، وهو بعيد، والروايات المعتبرة الكثيرة صريحة(٣) في جوازها، وقد مرّت.

قوله: وكذا البحث لوتلف بغير الاستعمال. أي كذا لايضمن المستعير، المعارة لو تلفت عنده بغير الاستعمال والتفريط، الا ان يشترط المعير عليه الضمان مطلقا.

قوله: ولو فرّط ضمن. أي لو قصّر المستعير في حق العارية ـ إمّا بفعل مالايجوز له مثل التجاوز عن المأذون له من الانتفاع، او يترك مايجب عليه من الحفظ، من السرقة والحرّ والبرد وغيره ـ ضمن دائماً، سواء تلف بالاستعمال اوبسبب ذلك التقصير ام لا، بل بآفة سماويّة، لأنّه بالتقصير صار يده يد ضمان وغصب، فانّ المالك حينئذٍ لايرضى بذلك، فصار حكمه حكم الغصب، وقد مرّ

---

(١) راجع الوسائل الباب٣ من كتاب العارية ج١٣ ص٢٣٩.

(٢) في القواعد: والاقرب جواز اعارة الدراهم كتاب العارية.

(٣) راجع الباب ٢ و ٣ من ابواب العارية.

ولو استعار المحلّ صيداً من المحرم جاز، لزوال ملكه عنه.

مثله مراراً في الغصب (في الوديعة ـ خ).

ونقل الاجماع في التذكرة على ذلك في الوديعة، مع التأمّل، فانه لم يجزم في التقصير بالضمان بمثل ترك العلف بمدّة لايموت في مثلها، ولا بالضمّان لو خالف المالك في الحرز الذّي عينه وتلف بغير ذلك، صرّح بهما في التذكرة، وقد نقلناهما في بحث الوديعة(١)، فتأمّل وتذكّر.

نعم لو كان ذلك بمثل وضع اليد على غير وجه شرعي لايبعد الضمان، الّا أن عدم رضا المالك بوضع اليد بعد ذلك على الوجه اللائق غير ظاهر، ولكن رضاه ايضاً غير ظاهر، لأنّه ارتفع بوضع اليد(٢) الى الغير المجوّز والمرضي، فيكفي ذلك للضمان بل يحكم بعدمه بحكم الاستصحاب فتأمّل.

قوله: ولو استعار المحلّ صيداً الخ. أي لو استعار المحلّ صيداً كان ملكاً للمحرم، من يده او من يد وكيله، ان كان حاضراً او غائباً ايضاً، ان قلنا بخروج الصيد الغائب عن ملكه لاعن ملك الغير الذي كان محلاً، وان كان باذن مالكه، الّا ان يكون عالماً باحرامه، فيمكن كون حكمه حكم ملكه ـ جازت الاستعارة(٣).

ذكر الضمير(٤) لرجوعه الى المصدر.

لزوال ملكيّة المحرم عن الصيد، فلا يضرّ الاخذ من يده.

والظاهر أنّ في العبارة مسامحة، اذ لم يصر حينئذٍ استعارة، لانّ في الاستعارة لابدّ ان تكون ملكاً للمعير، ويجوز تسليم المالك المستعير اياه، وقد علّل

---

(١) راجع ص٢٨١-٢٨٤ من هذا الجزء.

(٢) في بعض النسخ المخطوطة هكذا: لانه ارتفع بوضع اليد بعد، وانه على وجه اللائق الى الغير المجوّز والمرضي، فيكفي آه.

(٣) جواب لقوله: لو استعار.

(٤) يعني في قوله جاز.

ولو رجع على المستعيرمن الغاصب جاهلاً،رجع باجرة المنفعة

(علله ـ خ) بخروجه عن ملكه قبل الاعارة(١).

فلعلّ مراده أنّه يجوز الأخذ للمحلّ من يده، فيصير ملكاً له يفعل به مايريد.

ويمكن أنّه لايجوز للمحرم تسليمه والرضا باخذه، لأنّه يجب عليه ارساله بحيث لايقع بيد أحد يقبضه، فهو ضامن للقيمة كفارة حينئذٍ ان اعطاه باختيار منه، بل في جواز اخذه للمحلّ ايضاً تأمّل، اذ صار بحيث لايجوز امساكه، فكأنّه صار مثل صيد الحرم، ولأنّه اعانة على الاثم.

هذا اذا كان باختياره (و ـ خ) على انّ فيه تأملاً، وقد مرّ مثله، فتأمّل.

نعم لو خرج من يده، ولم يكن في الحرم، يجوز له اخذه، ولا شيء عليه، ففي هذه العبارة مساهلة لفظاً ومعنى، وهي موجودة في الكتب.

ويمكن ان يكون المراد، اذا استعار المحل صيداً كان للمحرم، فيكون (من محرم) صفة لصيد او حالاً، لأصيلية الاستعارة، فيمكن ان يكون في غير الحرم، ويكون كونه له باعتبار ماكان، او كان جاهلاً، او كان غائباً عنه، او محبوساً في ملكه(٢) او غيره او في يد وكيله، ولم يعلم الوكيل، فقال المحلّ، أعرني، يعني اعطني انتفع به فاخذه وسماها استعارة او عارية، للاشتراك في الفائدة وكأنه لذلك قال: (جاز) ومافعل المحرم حراماً، اذ ما اعار صيداً او مافعل هو ايضاً حراماً، لعدم الاعانة على الاثم، فصحّ الحكم، وبقي المناقشة في اللفظ فقط، وهو هيّن، الّا أنّه يبقى الدليل الاوّل الذي اشرنا اليه، فتأمّل في جواز اخذ المحلّ له في صورة كونه محبوساً او في يد الوكيل، فتأمّل.

قوله: ولورجع على المستعير من الغاصب الخ. اي اذا استعار شخص

---

(١) يعني المصنّف في قوله: لزوال ملكه عنه.

(٢) في النسخة المطبوعة: او كان غائباً عنه محبوساً في ملكه.

او بالعين التالفة على الغاصب، لاعالماً (أو-خ) ومفرّطاً.

من الغاصب، العين المغصوبة، فقد مرّ أنّه ضامن، وكذا الغاصب، فللمالك الرّجوع على ايّهما شاء، فان رجع على المستعير-على تقدير تلفها بها او بنقصها على تقديره وباجرة المنفعة التي انتفع بها المستعير او التى فاتت ولم ينتفع بها- رجع المستعير على الغاصب بالجميع، ان كان المستعير جاهلاً غير مفرّط ومقصّر، وان كان عالماً او مفرّطاً فلا يرجع، ويستعر الضمّان عليه.

دليله انّ تعدّد اليد (الايدى-خ) على الغصب موجب للضمّان عيناً ومنفعة، ولو كانت اجرة المدّة التى كانت مغصوبة، واستقرار الضمان على من تلف في يده عالماً بالغصب عندهم.

ينبغي ان يكون المراد النقص واجرة المنفعة في مدة كانت العين في يد المستعير وحصلا حينئذٍ لاغير.

والظاهر أنّه يرجع المستعير على الغاصب بما اخذ منه، ولو كان في مقابلة النفع الذي انتفع به ايضاً، مثل عوض اللبن الذي شربه، ان جاز العارية له(١) اجرة ركوبها(٢)، ولكن يردّ ما بقي من عين اللبن والصّوف، وكذا ثمنها بعد اجازة المبيع (البيع-خ) الفضولي، لأنّه غرّه، ولأنّه لو لم يقل له انّه عارية لم يشرب اللبن، ولايركب المركوب، ونحو ذلك.

وايضاً الظاهر أنّه لم يكن(٣) للمالك الرّجوع على المستعير اذا علم وبادر الى الاعلام، فتلف او نقص مع الجهل وعدم التفريط، ويرجع المالك على الغاصب فقط.

واذا علم وقصّر او فرّط في الاعلام فهو ضامن، فللمالك الرّجوع عليه، فلا

---

(١) في بعض النسخ، وان جاز العارية.

(٢) هكذا في جميع النسخ ولعلّ الصواب: واجرة ركوبها.

(٣) وفي النسختين المخطوطتين، الظاهر انه لولم يكن الخ، والصواب ما اثبتناه.

ولو رجع على الغاصب، رجع على المستعير العالم.

يرجع هو على الغاصب، فلا ينبغي الرّجوع حينئذٍ للمالك على الغاصب، لان في الاوّل ماقصّر اصلاً، فالاخذ منه ظلمٌ ظاهراً(١)، الّا ان يكون نصاً او اجماعاً(٢)، والظاهر (في الاعلام-خ) عدمهما ولذا قال في شرح الشرائع -بعد الحكم المذكور- والوجه تعلق الضمان بالغاصب حسب.

والمراد تلفه او نقصه عنده مع جهله ايضاً وحينئذٍ معلوم انّ الكلام في عارية غير مضمونة كما هو الاغلب، والّا يرجع الغاصب عليه جزماً.

وفي الصورة الثانية غاصب عندهم وضامن.

والظاهر انّ مرادهم مع بقاء الجهل الى حين النقص او التلف، وهو ظاهر.

والظاهر أنّه اشار بقوله (مفرّطاً) الى ماشرنا اليه من أنه ان كان جاهلاً غير مفرّط لم يرجع، لاجهلاً مطلقاً، مفرّطاً كان ام لا، اذ قد عرفت انّ المستعير المفرّط ضامن، فلا يرجع على أحد، فلابد لعدم الرّجوع من انتفاء سبب الضمّان عنه بالكليّة، وفي الضمان والرّجوع يكفي احد الاسباب من العلم او الافراط فتأمّل.

ولو اغرم الغاصب فمقتضى قاعدتهم المشهورة من انّ ترتّب الايدي على الغصب موجب للضمّان، ويستقر الضمّان على من تلف في يده، أنّه يرجع الغاصب الى المستعير.

فتأمّل فيه، فانّه يتخيل لولا الاجماع عدم رجوعه، لأنّه غاصب عالم استحق الاخذ منه، والاصل ينفي الرجوع للغاصب الاوّل الذي غصب وصرف آخر، الّا ان

---

(١) في بعض النسخ المخطوطة، ظلم ظاهر.

(٢) هكذا في جميع النسخ، ولعلّ الصواب، نص او اجماع.

ولو اذن في الزّرع او الغرس، جاز له الرّجوع بالارش.

يتلف بتقصير من في يده، فيمكن الرّجوع، فتأمّل.

قوله: ولو اذن في الزّرع الخ. قد علم انّ العارية جائزة دائماً الّا ماستثنى، فلو اذن للزّرع او الغرس مثلاً فزرع اوغرس، يجوز لمالك الارض حينئذٍ الرجوع عنها، ولكن اذا رجع يلزم الاضرار على المستعير، فانّه يتلف عليه مازرع، وهو ضرر منفي عقلاً وشرعاً كتاباً وسنة(١) واجماعاً، فقال(٢): يجوز الرّجوع والقلع مع الارش. الظاهر انّ المراد بالارش هو تفاوت مابين كون الزرع مقلوعاً وبين مايدرك.

هذا ان فرض للمقلوع قيمة، والا فيحتمل جميع قيمة ماذا ادرك، وفي الغرس تفاوت مابين كونه مقلوعاً وباقياً منتفعاً به الى مدة العارية، ان عين لها مدة منقطعاً، او مدّة بقائها ان كان ذلك.

ويحتمل عدم الارش ايضاً، لانه كان يعرف ان هذا عقد جائز، فكأنّه ارتكب الضرر لنفسه عالماً، فلا ضمان على احد.

والاوّل هو المسطور في الكتب، فكأنّه مما لاخلاف فيه، وله وجه ايضاً، وهو الجمع بين الحقين مهما امكن.

وعلى تقدير الارش ليس للمالك تكليفه بالقلع حتى يسلّم الارش كما هو مقتضى كلام التذكرة والشّرائع، اذ قد يقلع، ولم يعطه شيئاً، فيتضرّر، بخلاف ان اخذ ولم يقلع، فانّه وان كان ضرراً ايضاً، ولكن يجعل الامر الى الحاكم، فيجبره ان

---

(١) امّا الكتاب فيمكن ان يكون اشارة الى قوله تعالى: ولا يضار كاتب ولاشهيد (البقرة ٢٨٢ و راجع ايضاً ٢٣٤) والطلاق ٧ والنساء ١٢ وغيرها من الآيات.

وأمّا السنة فهي لاضرر ولاضرار راجع الوسائل الباب١٢ من ابواب احياء الاموات الرواية٣ و ٤ ج١٧ ص٣٤١.

(٢) يعني المصنف في المتن في قوله: جاز.

وليس له قلع الميّت بعد الاذن في الدفن.

امكن، والّا يقلعه بنفسه وعدم التمكن منه لكونه ظالماً (عالماً ـ خ) قادراً على المنع ليس من جهة تقديم الأرش.

والظاهر ان ليس عليه (حينئذٍ ـ خ) تسوية الارض وطمّ الحفر، بخلاف ماكان متعدياً، بان غرس مع حصر الاذن في الزرع، فانه لاارش له وعليه طم الحفر والتسوية كالغاصب.

وقال في التذكرة: اذا اعاره للرّهن فرهنه كان للمالك مطالبة المستعير بفك الرّهن في الحال، سواء كان بدين حال او مؤجّل، فانّ (لان ـ خ) العارية عقد جائز من الطرفين، فللمالك الرّجوع فيها متى شاء، واذا حلّ الدين او كان حالاً، فلم يفكه الراهن، جاز بيعه في الدين، لانّ ذلك مقتضى الرّهن.

كأنّه يريد مع تعيين الوكيل او الحاكم مع عدمه.

ثم أنّه ظهر (يظهر ـ خ) منه انّ له البيع مع كونه جائزاً، ومع عدم رضا المالك، وأنّه ليس للمالك فك رهنه، بل له مطالبة الرّاهن الذي هو المستعير.

وفيه بعد اذا لم يثمر حينئذٍ الجواز، فلعلّ مراده أنّه يجوز له ايضاً ذلك، فتأمّل، وقد قيل: ادّعى الاجماع في جواز العارية للرّهن.

قوله: وليس له قلع الميت الخ. من صور الاستثناء عدم جواز الرّجوع عن الاذن والاعارة للدّفن، بمعنى عدم ترتّب اثر عليه فلا يجوز له قلع الميت بعد الدّفن.

قال في التذكرة: لو رجع قبل ان يعلم المستعير، فالأقرب أنه كذلك لاعوض له، ولو رجع وعليه المستعير برجوعه ثم استعمل فهوغاصب ماعليه الاجرة، الّا اذا اعار لدفن ميّت مسلم، ثم رجع بعد الدّفن، لم يصحّ رجوعه ولا قلع الميّت ولانبش القبر الا ان يندرس الميّت لما فيه من هتك حرمة الميّت، ولا نعلم فيه خلافاً.

امّا لو رجع قبل الحفر او بعده، قبل وضع الميّت، فانّه يصحّ رجوعه، ويحرم

....

دفنه، ولو رجع بعد وضع الميّت في القبر، وقبل ان يواريه بالتراب، فالأقرب أن له الرّجوع ايضاً، ومؤنة الحفر-اذا رجع بعد الحفر وقبل الدفن- لازمة لولّي الميّت، ولايلزم ولى الميّت الطمّ، لانّ الحفر مأذون.

دليل جواز الرّجوع في جميع ماتقدّم أنّه عقد جائز، فيجوز الرّجوع عنه، الّا ماثبت بالدليل عدمه، وهو موجود فيما بعد الدفن، وهو الاجماع وتحريم النبّش، وبقي الباقي تحته، وغير معلوم صدق النبش بعد الوضع وقبل الطمّ، فانّه ليس بنبش القبر ظاهراً لغة ولاعرفاً عاماً.

الّا ان يدّعي عرفاً شرعيّاً، ويقال انّه مستلزم لهتك حرمة الميّت المسلم، ولهذا لايجوزون اخراج الميّت بعد الوضع يغسل نجاسة كفنه، بل يقصون ان لم يمكن الغسل فيه؛ وكذا لايجوّزون نقله (لايجوز-خ) الى قبر آخر، بل الى المشاهد ايضاً على الظاهر فيهما.

وان كان دليل ع ل على تحريم نقله بعد الدّفن يشعر بجوازه بعدالنبش وقبل الطمّ، حيث قال: لان النقل مستلزم للنبّش(١).

لكن هذا الدليل فيه مافيه كما ترى.

واما لزوم مؤنة الحفر على ولّى الميّت من مال نفسه، كما هو الظاهر، لامن مال الميّت، فلانّه تعرض للحفر في موضع يجوز لصاحبه الرّجوع، فيذهب المؤنة، ويحتاج الى أُخرى، فكأنّه فعل المؤنة في معرض التلّف، خصوصاً اذا امكن الدّفن في

---

(١) الظاهر انّ مراده الشيخ علي محقق الكركي، وعبارة جامع المقاصد-(في كتاب العارية)- هكذا: لو رجع في الاعارة للدّفن بعد وضع الميت في القبر قبل الطمّ جاز، لأنّه لايستلزم النبش المحرم الخ.

وقال في كتاب الطهارة -(في احكام الدّفن)- عند قول المصنف قده: ويحرم نبش القبر ماهذا لفظه: تحريم النبش في الجملة اجماعي، واستثنى مواضع -الى ان قال: ولو استعير للدّفن جاز الرّجوع قبل الطمّ لابعده، لأنّ النبش محرّم، انتهى موضع الحاجة من كلامه واما العبارة المنقولة في المتن فلم نعثر عليها.

ولاقلع الخشبة اذا كان طرفها الآخر في ملكه.

غير ارض الاعارة، ومع العلم بحقيقتها.

ويحتمل على المالك، لأنّه أذن للوضع، ثم منع، فهو مثل ارش الرّجوع، وليس على الولّي طمّ الحفر، لأنّه ماذون فيه.

ثم قال: اذا نبت شجرة في القبر يجوز لمالك الارض سقيها، الّا ان يقضي السقي الى ظهور شيء من الميّت، فيحرم، لأنّه نبش في الحقيقة.

وقال ايضاً: انّ الدفن من جملة منافع الارض، ولكن اذا اعار الارض للانتفاع لايدخل الدّفن فيها، الّا بالنصوصيّة، لأنّ مثل هذه المنفعة لايكفي فيها اطلاق العارية، بل يجب ذكرها بالنصوصية، بخلاف سائر المنافع.

وقال ايضاً: اذا اعار الارض للزرع او الغرس له الدّخول في الارض والاستظلال فبطل بنائه وكلها لايضرّ بمنفعة المستعير.

قوله: ولا قلع الخشبة الخ. يعني اذا استعار حائطاً لوضع الخشبة فهو جائز، ولم يجز للمعير أيضاً هنا الفسخ كما في صورة القبر، فهو من المستثنى ايضاً، اذا كان طرفها الآخر على حائط المستعير، بحيث لوازيل الخشب (لوازيلة الخشبة-خ) لخرب الحائط (حائطه-خ)، للزوم الضرر، وقد جوّزه المعير، فيكون هو سبباً للضرر والفساد، وهو منهي.

ويمكن جوازه مع الأرش، كما في الغرس ومشابهته به اكثر من القبر، فتأمّل.

وقال في التذكرة: لايجوز للمعير الرّجوع في العارية اذا حصل بالرّجوع ضرر على المستعير لايستدرك، فلو اعار لوحاً يرقع به السفينة ثم لجج في البحر، لم يجز للمعير هنا الرّجوع.

ويحتمل انّ له الرّجوع، ويثبت له المثل او القيمة مع تعذره للجمع بين الحقّين.

ولو انقلعت الشجرة، لم يكن له زرع اخرى، الا بالاذن (باذن المالك ـ خ).

ولو اعاره حائطاً لوضع خشبة عليه، جاز له الرّجوع قبله مجاناً اجماعاً، وبعده مع الارش مالم يكن اطراف الخشب الآخر في ملك المستعير ويؤدّى الى خراب مابناه المستعير، ففيه خلاف.

ولو قال المعير انا ادفع اليه ارش مانقص بالقلع لم يجب على المستعير اجابته ان منعنا الرّجوع هنا الخ.

قوله: ولو انقلعت الشجرة الخ. أي اذا اعار أرضاً لغرس شجرة او حائطاً ان يحط على حائطه فانقلعت، ليس للمستعير غرس الشجرة ووضع أُخرى مكانه الّا باذن جديد لغرس الشجرة، فليس له غرس اخرى.

وفيه تأمّل اذا علم جواز الغرس والوضع على الحائط فانقلاعه ليس بمبطل للاذن، الّا ان يكون الاذن مخصوصاً بزمان، وخرج ذلك الزّمان او مخصوص بشجرة معيّنة، واراد ان يحط أُخرى بدلها لاهي، فلو اراد ان يحط ذلك (تلك ـ خ) بعينها لأمانع منه، بل في عدم جواز أُخرى ايضاً تحت بناه، ماعلى ماذهب اليه المصنف من جواز التعدي في العارية الى المساوى، واقلّ ضرراً، فينبغي ان(١) تقيّد الاولى بالمعينة والاخرى بـ(اضرّ) او بغيرها من المخصصات بحيث يصير الاذن مقصوراً عليه امّا صريحاً بان ينهي صريحاً عن الغير او بقرينة واضحة.

قال في التذكرة: ولو أعار للغرس ثم ماتت الشجرة او انقلعت لم يكن له غرس اخرى غيرها الّا باذن جديد وكذا في البناء لو اذن فيه فبنى ثم انهدم، او اذن له في وضع جذع على حائطه فانكسر، وهو احد وجهي الشافعيّة لانّ الاذن اختصّ بالاوّلة والثاني انّ له ذلك لانّ الاذن قائم مالم يرجع فيه فعدم ردّه للثاني يشعر

---

(١) في بعض النسخ، ان لا تقيّد الأولى، والصواب ماأثبتناه.

وليس للمستعير الاعارة ولا الاجارة الّا بالاذن.

ولو تلفت بتفريط بعد نقص القيمة بالاستعمال ضمن الناقص لا النقص.

بجوازه ايضاً، كما اشرنا اليه، فتأمّل.

قوله: وليس للمستعير الاعارة الخ. قد مرّ تفصيله، ومعلوم عدم جواز التعدي، فان استعار لنفسه بان يكون هو المستعير فقط كيف (فكيف ـ خ) له أن يعيره او يؤجره الخ وهو ظاهر، الّا مع انضمام امر آخر به مثل العلم بجواز ذلك من غير نفس الاعارة له، وحينئذٍ يكون وكيلاً للمالك في الاعارة لامعيراً له، لأنّه لابدّ من ان يكون المعير مالكاً للمنفعة المعارة امّا بالذات او بالتبع.

نعم يجوز له الاستيفاء بنفسه وبوكيله ان لم يشترط ولم يقيّد بالاستيفاء بنفسه وتكون المنفعة عائدة اليه، كمامرّ.

وأمّا الأهل والدوابّ والضيف فحكمه حكم نفسه ان كان المحلّ قابلاً لهم فالاعارة له اعارة لهم ايضاً، بمعنى جواز الانتفاع لهم باعارته للاوّل فكأنه المنتفع بها، وهو ايضاً ظاهر.

قوله: ولو تلفت بتفريط الخ. يعني لو استعمل المستعير العين المعارة فنقصت بسبب الاستعمال المجوز بالعارية ثم فرّط اى فعل مالايجوز له وكان سبباً للضمان فتلف ضمن من حين التفريط العين الناقصة لاذلك النقص الذي حصل بالانتفاع المجوّز مطلقا، سواء تلف بسبب ذلك التفريط ام لا بل بآفة.

وظاهرها أنّه حينئذٍ يضمن اجرتها التي تحصل بسبب الاستعمال بعد التفريط، فانّها خرجت عن الامانه والعارية، ودخلت في حكم الغصب والضمان.

ويمكن عدمه اذا ماعلم عدم جواز الاستعمال الذي جوّزه، الّا أنّه لما فرّط دخل في ضمانه إمّا مطلقا او بذلك الوجه الذي هو التفريط، بمعنى أنه لو تلف بذلك الوجه يكون مضموناً لاغير، كما مرّ.

ويضمن بالجحود.

ويقبل قوله في القيمة، والتلف، وعدم التفريط، لاالرّد.

اعلم أنّه قد كثر في الوديعة والعارية ونحوهما من الأمانات أنّ المفرّط والمتعدي بايّ وجه، ضامن مطلقا، وان علم عدم مدخليّة التفريط في التلف، لأنّه حينئذٍ يده يد ضمان وغصب.

وفيه تأمّل، اذا لادليل عليه شرعاً كتاباً وسنة واجماعاً، لما نقلناه عن التذكرة في الوديعة مع نقل الاجماع، ومافيه، وأنّه ليس بتام ماذكر خصوصاً في ترك الحفظ بمثل ترك العلف، لانّ الاذن السابق موجود، فتأمّل.

قوله: ويضمن بالجحود. قد مرّ مثله في الوديعة.

قوله: ويقبل قوله الخ. دليله غير واضح، كأنّه قيس بالوديعة، وهو قياس مع الفارق، فانّ هناك ضرورة، لئلا يلزم سدّ باب قبول الوديعة، وهو غير مناسب للحكمة المطلوبة، الّا ان بعض الاخبار(١) يدل على أنّه أمين غير ضامن، وأنّه لاضمان عليه الّا مع الشرط.

وقال في التذكرة: أنّه مؤتمن، وربما تعذرّت البينة.

وليس في ذلك حجة قاطعة(٢)، فان كان اجماع او نص، والّا فالقواعد تقتضي كون القول قول المالك، كما في الرّد، لأنّه مدّع والمالك منكر، والفرق بين الردّ والتلّف مشكل، وان كان احتمال التلّف في موضع لايمكن الاشهاد فرقاً، غير بعيد، فاذا ادّعى التلّف في مثل هذه الصورة يقبل، دون مايمكن، فتأمّل.

نعم القول قوله في قيمة العين المتلفة، لأنّه غارم، والاصل عدم الزيادة.

هذا اذا لم يكن شاهداً على تعيين القيمة حين التلف، ولو كانت الشهود

(١) راجع الوسائل الباب١ من كتاب العارية ج١٣ ص٢٣٦.

(٢) في النسخة المطبوعة: وليس ذلك بحجّة قاطعة.

ولو ادعى المالك الأجرة حلف، على عدم الاعارة، وله الأقل من المدعى و(أو-خ) اجرة المثل.

على ذلك قبل الفوت بحيث يجزم عرفاً أنّه لايتغيّر، فلا يسمع ايضاً قوله، واما مع احتمال التغير وعدم الشهود، فالقول قوله مع اليمين فيه وفي عدم التفريط ايضاً، فتأمّل.

قوله: ولو ادّعى المالك الاجرة، الخ. يعني لو ادّعى مالك داراً على متشبّث بها مدّة يستحق بها اجرة كونها عنده بعقد اجارة مدّة معيّنة بمبلغ معيّن، وانكر المتشبّث ذلك، وقال: بل هي بالعارية، له احلاف المالك على عدم العارية، فانتفت، والغرض أنّه قد انتفع بها مدّة يستحق فيها اجرة، والاصل عصمة مال الناس وعدم خروجه عن يده الّا بعوض، وقد انتفى السبب الذي لايلزمه الأجرة، ويدّعيه المتصرّف،فيثبت له عوض.

فان كان المدّعى أقل من أجرة المثل فلا كلام، فانّه باقراره لايستحق أكثر من ذلك، وان كان أكثر فلمّا لم يثبت المدّعى -ولابد له من عوض وليس الّا اجرة المثل- قال المحقق الثاني الشيخ علي والشهيد الثاني رحمهما الله تعالى إنّه يجب التحالف هنا، فانّه دعويان، ومجرّد نفي العارية لايستلزم نفي الاجارة ايضاً حتى يثبت(١) المدّعى، بل أقلّ الامرين، فيجب احلاف المتصرّف على نفي المدّعى، فإن حلف يلزم اقلّ الامرين لما تقدم.

وكأنّه مأخوذ من التذكرة، حيث قال: اذا حلف على نفي الاعارة، فالاقوى عندي أنّ المستعير يحلف على نفي الاجارة، فاذا حلف ثبت للمالك اقلّ الأمرين من اجرة المثل والمسمّى الخ.

ويمكن ان يقال: هذا متجه خصوصاً اذا كان المدّعى، عيناً من الأعيان

---

(١) في بعض النسخ: حتى لايثبت، ولعلّ الصواب ماأثبتناه.

....

المشخصة، وان يقال العذر للمصنّف بأنّ مراده(١) على تقدير أن يقنع المالك بذلك، ولم يدّع ويرتكب شيئاً آخر، وان كان ذلك اقل مايحصل له في هذه الصورة، وامّا اذا لم يقنع بذلك وطلب المدّعى فله احلافه، وهو ظاهر، وما ذكر ذلك لظهوره، ولأنّه لو لم يترك، ويدّعى الاجرة المعينة فينكره الخصم، فيحتاج الى احلاف، ومعه لايبقى له شيء اصلاً، كما سنبيّنه.

وبالجملة ان اراد أن يأخذ شيئاً لايمكن ذلك الّا بترك الدّعوى ثانياً، وتركه الاحلاف، فانّه لاشيء معه.

ويؤيد ما اختاره المصنّف صحيحة اسحق بن عمّار، قال: سألت اباالحسن عليه السّلام عن رجل استودع رجلاً الف درهم فضاعت، فقال الرّجل كانت عندي وديعة، وقال الآخر انما كانت لي عليك قرضاً؟ فقال: المال لازم له الّا ان يقيم البينة أنها كانت وديعة(٢).

والذي يختلج في الخاطر، كما اشرنا اليه فيما تقدّم ان يقال: ليس مافي المتن جيّد (جيّداً ـ خ) ولا ماذكره في الحاشيه والشرح.

امّا المتن فلماذكراه(٣)، ولأنّه انّما يدّعي عليه الأجرة المعيّنة، فعلى تقدير حلفه انتفت العارية، فلا تثبت الأُجرة، امّا أجرة المثل فلا قراره وأمّا المعينة فلعدم ثبوتها، والاصل براءة الذّمة وعدم استحقاق شيء في ذمّة المتصرف ونفي العارية لايستلزم الاجرة وقد لانسلّم انّ الاصل حصول أجرة وعوض لصاحب المال.

وامّا ماذكراه فلأنّه اذا أحلف المالك المنكر على نفي الاجارة فقد اسقط حقّه الذي كان له في الدنيا مطالبته باليمين، كما ثبت في محلّه، انّ اليمين مسقطة

(١) يعنى مراد المصنف قدّس سرّه.

(٢) الوسائل الباب ٧ من ابواب الوديعة الرواية١.

(٣) يعنى ماذكره المحقق الثاني الشيخ علي، والشهيد الثاني قدهما من التحالف.

....

بالنّص والاجماع، وقد اعترف ان ليس له حق آخر غيرها، ولا معنى لدعوى المستعير عليه الاعارة وتحليفه، فلا معنى للتحالف واخذ الأقلّ من المدّعى والأجرة، خصوصاً اذا ادّعى انّ الاجرة عين معينة(١).

ولانّ المدّعي هنا في الحقيقة هو المالك، فاذا ادّعي ولم يقدر على اثباتها، واحلف خصمه فما بقي للمتصرف دعوى عليه، فانّه مايدّعى عليه شيئاً مسقطاً لشيء نافعاً له، فانّه اذا حلف سقط دعواه عنه، وليس للمالك دعوى أُخرى باقراره.

فالذي هو الظاهر أنّه (ان ـ خ) يقدم الحاكم دعوى المالك، فانّه المدّعى لاغير، فان اثبت ما ادعاه بالبيّنة فهو، والّا فيقول: لك الاحلاف، فان اختار ذلك، وحلف المتصرّف سقط عنه الحق الذي يدّعيه، ولاحق له غيره باقراره، وانقطع الدعوى، فان قوله، بل أعرتني، ليس دعوى مطلوبة له ايضاً، بل جواب الخصم، فلايحتاج الى اثباتها بعد دفع الخصم باليمين، فليس هذا محلّ التحالف ولامحل تقديم دعواه واثبات أقلّ الأمرين، كما قالوه، بل لاشيء له بحسب الظاهر في الدنيا، فتأمّل.

وبالجملة إمّا تقديم دعوى المالك الاجرة والاحلاف، وحينئذٍ لاشيء له اصلاً لما تقدم، وإمّا ترك تلك الدّعوى ودعوى الأجرة، بعد أن أقرّ أنّه استوفى المنفعة، لكنّه بلاعوض، لكونها عارية يتوجّه اليه الحلف، فلمّا حلف المالك سقط دعوى العارية فلابد لمنفعته من عوض، ولمّا لم يثبت الاجارة لم تثبت المعينة فباقراره، الزائد عن الأجرة المعيّنة ساقطة(٢) ان ادّعاها، فيأخذ الأقلّ، ولو كانت الأجرة معيّنة تكون عوضاً ومقاصّة، فما ذكره المصنف متجه ويحتمل ماذكرناه.

ولا وجه للتحالف الّا ان تكون العارية لازمة او يدّعي امراً آخر مثل

---

(١) في بعض النسخ: غيرمعيّنة، والصواب ما اثبتناه.

(٢) هكذا في جميع النسخ، والصواب ساقط.

ولو اختلفا عقيب العقد حلف المستعير، ولا شيء.

السكنى مدّة طويلة ومامضت وحينئذٍ يتوجّه التحالف والدعوى بعد التصرف المدّة المذكورة، مثل ماإذا كان يملك الدعوى قبل مضي مدة يستحق بها اجرة، حلف المستعير، ويردّ العين الى صاحبه، ولا شيء عليه، كما ذكره المصنف، بقوله: (ولو اختلفا الخ) فلافرق بين الصورتين، الله يعلم.

ثم بعد ان كتبت رأيت في التذكرة، قال: مسألة اذا اختلف المالك والمستعير، فقال المالك: آجرتك هذه العين مدّة كذا بكذا، وقال المستعير: بل اعرتنيها، والعين باقية بعد انقضاء المدة باسرها او ممّا له اجرة في العارة، قال الشيخ رحمه الله في الخلاف: القول قول المستعير، وبه قال ابوحنيفة، لانّهما اتّفقا على أنّ تلف المانع كان على ملك المستعير، لانّ المالك يزعم أنه ملكها بالاجارة، والمستعير يزعم أنّه ملكها بالعارية، لانّ المستعير يملك بذلك، وقد ادّعى عليه عوض ماتلف على ملكه، والاصل عدم وجوبه فكان القول قوله: ولان الاصل براءة الذمّة، والمالك يدعي شغلها فيحتاج الى البيّنة الخ(١).

هذا هو الذي ذكرناه.

ولكن في قوله: (انّ المستعير يملك المنفعة) تأمّل، فانّه يجوز له التصرف، فانه (فهو-خ) اباحة له لا أنّه ملك له، ولهذا قيل في تعريفها: ثمرته تسويغ التصرف لا التمليك، فتأمّل.

ورأيت جعل ذلك ايضاً احتمالاً اوّلاً في القواعد: قال: لا تفاقهما على اباحة المنفعة، والاصل براءة الذمّة من الاجرة، ثم ذكر ما في المتن، فالظاهر انّ اختياره، ذلك في القواعد وفيه اشارة الى ماقلناه على كلام الشيخ و ابي حنيفة من ملكية المستودع المنفعة، فلعل ذلك مذهب ابي حنيفة، فتأمّل.

---

(١) التذكرة: ج٢ ص٢١٦.

«المقصد التاسع في اللقطة»

(وفيه مطلبان)

(الاول) المحلّ الملقوط، امّا انسان، او حيوان، او مال.

وشرط الاول، الصّغر، فلا يصحّ التقاط البالغ العاقل،

«المقصد التاسع في االلقطة»

قوله: الاول المحلّ الملقوط الخ. قال في التذكرة: اللقطة بفتح القاف، المال الضائع، والمال الملقوط، نقله عن الخليل بن احمد والفرّاء وابن الاعرابي والأصمعي، ثم قسمّها الى اقسام ثلاثة، قال: لقطة الحيوان ولقطة الانسان ولقطة سائر الاموال، كما هنا، الّا أنّه قدّم الحيوان على الانسان عكس المتن.

قوله: وشرط الاوّل الصغر الخ. أي المحلّ الاول للقطة، ـ وهو الذي يتعلق به الالتقاط والأخذ ـ هو الانسان، وشرط اخذه ـ ليصير لقيطاً شرعيّاً ـ هو الصغر.

لايخفى أنّ للّقيط اركاناً ثلاثة، الالتقاط، واللقيط، والملتقط، أمّا الاوّل أي الالتقاط فهو الأخذ والتصرف في اللقيط والحفظ.

قال في التذكرة: وهو واجب على الكفاية لاشتماله على صيانة النفس عن الهلاك، وفي تركه اتلاف النفس المحترمة ـ الى قوله ـ: وليس اخذ اللقيط واجباً على الاعيان بالاجماع ـ الى قوله ـ: بل هو من فروض الكفايات.

....

ثم قال: ويستحب الاشهاد على اخذه، لأنّه اهون وأحفظ، لأنّه يحتاج الى حفظ الحرية والنسب(١).

وانت تعلم انّ المحقق في الشرائع على استحبابه، ونقل عن اللمعة مع خوف التلف والضرر أنّه واجب، والّا مستحّب.

ولووجد هذا التفصيل، فهوجيد، ولكن لي في الوجود تأمّل، اذالطفل في محلّ التلف مع عدم الكفيل.

وأما الثاني أي اللقيط، فقال في التذكرة: هوكل صبي ضائع لاكافل له، ويسمّى منبوذاً باعتبار أنّه ينبذ ويرمى.

وقال في موضع آخر: فيخرج بقيد الصبي البالغ، فانّه مستغن عن الحضانة والتعهد، فلا معنى للالتقاط.

نعم لو وقع في معرض الهلاك اعين ليتخلّص، أما الصبي الذي بلغ سنّ التميّز، فالأقرب جواز التقاطه لحاجته الى التعهد والتربية، وهوأحد قولي الشافعية والثاني أنّه لايلتقط، لأنّه مستقل ممتنع كضالة الابل، ولايتولى أمره الا الحاكم(٢).

فكأنّه (وكأنّه ـ خ) يريد بالصبي غير البالغ سواء كان مميّزاً اومراهقاً ام لا.

ولا يبعد ان يقال: الاصل عدم وجوب الالتقاط فيقتصر على محلّ الوفاق، فان لم يكن مميزاً فهو محلّ الوفاق، وان كان مميّزاً في الجملة ـ ولكن مع ذلك ماوصل تمييزه الى حفظ نفسه عن الهلاك بان يقع في ماء او بئر او نار، او يقع (وقع ـ خ) من سطح، ونحوذلك مثل وقوعه بين يدي الحيوانات وخروجه من البلد الى محلّ الهلاك ومثلها ـ فالظاهر أنّه مثل غير المميّز، بل كاد ان لايسمّى به.

وأمّا اذا تعدّى عن هذه المرتبة، ولكن يحتاج الى المنزل ليغسل حواسّه

---

(١) التذكرة: ج٢ ص٢٥١.

(٢) التذكرة: ج٢ ص٢٧٠.

....

(جوانبه ـ خ) وبدنه عن الوسخ، اويطبخ له طبيخاً، فالظاهر أنّه لايجب التقاطه، بل ليس ذلك محلاً له، فيكون أمره الى الحاكم، كالبالغ والمميّز الذي لايقدر بنفسه على تلك الأُمور، من باب الولاية العامّة كحفظ المجانين واموال الغيّاب وسائر المصالح (العامة ـ خ)، فينصب له من يباشر ذلك، ويصرف عليه من بيت المال، ان لم يكن له مال.

فان كان مراده بالمميّز المميّز في الجملة، ولم يصل الى ماذكرناه فالحق كلامه، ولكنّه بعيد عن كلامه، والّا فالظاهر خلاف أقربه الذي هو الثاني من قول الشافعية(١).

وكأنّه اختاره في المتن في آخر هذا الشرط بقوله: (ويجوز اخذ المملوك الصغير دون المميّز)، الّا ان يؤوّل بما مرّ، فتأمّل.

والظاهر (أيضاً ـ خ) أنّه يريد بقوله: (أُعين) وجوب الاعانة، كما يشعر به دليله، فانّ فيه حفظ النفس، وفي تركه هلاكهما، فهو واجب من باب الاعانة والحفظ، كما في غيره من الصور، وكما في الالتقاط، وليس من ذلك الباب.

وايضاً الظاهر أنّه يريد بجواز التقاط المميّز عدم تحريمه، ووجوبه كفاية، لأنّه اختار أنّ وجوبه كفائي، ومعلوم أنّه على تقدير الكفائي ان يكن احد يتعيّن.

ثمّ المصنف في المتن جعل الصغر شرطاً، وفرّع عليه عدم صحة اخذ البالغ العاقل، فكأنّه يريد بالصغر مايلزمه غالباً من عدم العقل التام، سواء كان لعدم البلوغ او لعدم العقل، فيفهم أنّه يجب التقاط غير البالغ مطلقا وهو محلّ التأمّل.

على أنّه قال في آخر شرط الاوّل(٢): ويجوز أخذ المملوك الصغيردون المميز،

---

(١) اشارة الى مانقله عن التذكرة آنفاً من قوله: أمّا الصبّي الذي بلغ سن التميز فالاقرب التقاطه الخ.

(٢) يعني المحلّ الاوّل للقطة الخ.

وانتفاء الأب او الجد، او الملتقط اوّلاً، فلو كان له احدهم، اجبر على اخذه.

فيفهم منه انّ المميّز لم يكن لقيطاً عنده، وهومؤيّد لما قلناه من المذهب الثاني للشافعية، فهو مخالف للتذكرة، ولاوّل كلامه، فتأمّل.

وايضاً يفهم أنّه يجوز التقاط المجنون، وأنّه محل التأمّل ايضاً، وهو خلاف مايفهم من غيره من العبارات في تعريف اللقط وشرائطه من نفس كلامه، حيث شرط الصغر، فانه ظاهر في غير البالغ، وكذا في التذكرة والقواعد.

لكن في آخره قال: غير البالغ، مثل ماهنا، وزاد في الدروس في التعريف الصبيّة والمجنون ايضاً، ينبغي ان يقال: او المجنونة ايضاً.

قوله: وانتفاء الاب الخ. اشارة الى شرط ثان للاوّل، وبيان فائدة قيد (لاكافل له) في تعريف التذكرة.

قال في التذكرة: وقولنا: ضائع، يريد به المنبوذ، لانّ غير المنبوذ يحفظه ابوه او جدّه لابيه اوالوصّي لاحدهما، فان لم يكن احدهما(١)، والّا نصب له القاضي من يراعيه ويحفظه ويتسلمه، لانّ له كافل معلوم(٢)، وهو ابوه او جدّه او وصيّهما، فاذا فقد، قام القاضي مقامه، كما (أنّه ـ خ) يقوم بحفظ مال الغائبين والمفقودين، وأمّا المنبوذ فيشبه (فأنّه يشبه ـ خ) اللقيط، ولهذا يسمّى لقيطاً، فلم يختص حفظه بالقاضي بل يحفظه كل من يلقطه، وقولنا: لاكافل له، يريد به من لاأب له ولاجدّ للأب ومن يقوم مقامها كالملتقط، فمن هو في حضانة احد هؤلاء لامعنى لالتقاطه، نعم لو وجد في مضيعة اخذ ليردّ الى حاضنته(٣).

---

(١) التذكرة: ج٢ ص٢٧٠ عبارة النسخة المطبوعة التى عندنا هكذا: فان لم يكن أحد هؤلاء نصب القاضي له الخ.

(٢) في التذكرة: لأنّه كان له كافل معلوم.

(٣) التذكرة: ج٢ ص٢٧٠.

....

اعلم أنّ في قوله(١): (لاكافل لـه يريد الخ) تأمّلاً، لانّ الظاهـر أنّ المنبوذ هو الذي طرح ونبذ ولم يكن تحت يد أحد، ويكون في موضع يظن هلاكـه وضياعه، كما فهم من كلامه، ولأنّ غير المنبوذ بالمعنى الذي تقدم، له من يكفله، سواء كان ذلك قريباً (له ـ خ) او بعيداً او ملتقطاً او غيره، فلا يلتقط ذلك، لأنّه ليس بضائع (او ـ خ) ولا في مهلكة وموضع ضياع، فلا يوجد فيه شرط الالتقاط، وهو ظاهر، فالحافظ لغير المنبوذ ليس منحصراً فيما ذكره.

وان أراد الذي يجب عليه الحفظ، فيمكن ان يقال: انّ الأم والأجداد كذلك مطلقا، سواء كان من الأب او الأم نعم الولّي منحصر فيهم والحافظ الذي يجب عليه الحضانة اعمّ منه، فاذا لايجب على القاضي نصب الحافظ على تقدير عدم هؤلاء، بل لايجوز، فان الحضانة للأم مثلاً، على أنّ قوله (احدهما والّا نصب) غلط.

ويحتمل ان تكون العبارة هكذا (او يكون الوصي لاحدهما والّا نصب الخ).

وأنّه يريد بالمنبوذ الشذي لاكافل له معيّناً، فانّه الذي لايختصّ بالقاضي، ويأخذه غيره، وشبيه بالمال الملقوط يحفظه كل من لقطه.

وكذا في قوله: (قولنا لاكافل له الخ)(٢)، لأنّه ظاهر في أنّ الكافل الذي يسقط معه الالتقاط غير الأم وغير الجدّ من الأم، وأنّه منحصر في الأب والجدّ منه والملتقط، كعبارة الكتاب، الّا أن لفظ (من يقوم مقامهما) مع ماتقدّم،يفيد ادخال الوصي ايضاً.

وقد عرفت أنه يمكن ان لايكون منحصراً في هذه الاربعة، اذ ليس هذه

---

(١) يعني العلامة في التذكرة.

(٢) قد نقلنا هذه العبارة آنفاً من التذكرة فتذكر.

وحرية الملتقط، وبلوغه، وعقله،

ولاية، فانّه اذا كان لـه أم او غيرها ممّا له الحضانة، وهو كافل في الجمله، بل يمكن ان يجب عليهم مع عدم هؤلاء فلابد من اشتراط عدمه ايضاً حتى يكون لقيطاً.

بل كون الحضانة بعدهما للوصي ايضاً غير ظاهر، بل ظاهرٌ عدمه.

نعم لولم يكـن أحد ممّن له ذلك مثل الامّ وغيرها، او لم يفعل، يجب عليه ان يحصل له من يحفظه ويراعيه، لا أنّ له حضانة او عليه بنفسه ذلك، فتأمّل.

ولـو لم يكـن ماتقدم لامكـن ادخالـهم في هذه العبارة بتعـميم من يقوم مقامهما، على أنّه كان يضرّ تـرك الأم وقيـد الجدّ بالأب ممّا لاحاجة اليه، ويوهم خلاف المقصود.

ومنه علم مافي قول المصنف: (وانتفاء الاب الخ) ومعلوم جبر احد هؤلاء على الحفظ عنـدهم، ويمكن ان يكون بالأجرة كالأم، وكذا الوصـي ايضاً يجبر امّا بحفظه (أن يحفظ ـ خ) بنفسه او بتحصيل من يحفظه و(أو ـ خ) ويحضنه ان كان له مال، ويمكن للوصّي ايضاً اجرة ذلك، ان اراد، كما قيل: انّ لـلأم ذلك ولـلوصي الأكل أجرة.

والظاهر انّ(١) عندهم من يجب عليه الحفظ والحضانة منحصر في الولّي، وأنّ من ليس ذلك ان نبذ فهو لقيط، وذلك غير واضح، فتأمّل.

قوله: وحريّة الملتقط الخ. اشارة الى الركن الثالث لالتقاط الانسان الذي هو اوّل الاقسام، وهو الملتقط.

قال في التذكرة: يعتبر في الملتقط التكليف والحرية والاسلام والعدالة، الخ.

الظاهر عدم الخلاف في اشتراط البلوغ والعقل، فلا اعتبار لالتقاط المجنون

---

(١) في النسخة المطبوعة أنّه عندهم الخ.

....

والصبيّ فلم يصير املتقطين، فكلّ من يأخذ من ايديها يصير ملتقطاً،ويمكن ان يكون الأخذ من ايديها للحاكم فقط، فلا يكون لقطة، لأنّه غير منبوذ، وقد اعتبر في تعريف اللقطة، وقد اشرنا إليه فيما نقلناه عن التذكرة، وان كان ظاهر أنّ المنبوذ هو الذي ليس في يد من يجب حضانته، فتأمّل، فأمره الى الحاكم، كما مرّ فيما قلناه من التذكرة.

قال في التذكرة: ولو كان المجنون معتوراً او ادواراً أخذه الحاكم من عنده، كما يأخذه لو التقطه المجنون المطبق او الصبيّ.

وهو صريح في أنه لم يكن لقيطاً بأخذهما وبعده ايضاً، فاذا أخذه أحد لم يصر كذلك، وليس لأحد أخذه الّا الحاكم، ويحتمل للولّي ذلك، خصوصاً اذا لم يتمكن من الحاكم، ولم يكن (له ـ خ) حينئذٍ ايضاً لقطة.

وأمّا العبد فالظاهر أنه ليس له الالتقاط أيضاً بالاجماع، لانّ منافعه لسيده فان اذن، فيكون السيد هو الملتقط حقيقة، ويكون هونائبه، والّا لم يصحّ أخذه، فيصير أمره الى الحاكم، كما خوذ الصبي والمجنون او كغير الملتقط.

قال في التذكرة: ولو اذن له السيد او علم به فأقره في يده جاز، وكان للسيّد في الحقيقة هو الملتقط والعبد نائبه قد استعان به عليه في الأخذ والتربية والحضانة، فصار كما لو التقطه سيّده وسلّمه اليه، فاذا اذن له السيد لم يكن له الرّجوع في ذلك أمّا لو كان الطفل في موضع لاملتقط له سوى العبد، فانّه يجوز له التقاطه، لأنّه تخليص له من الهلاك، فجاز كما لو اراد التخليص من الغرق، ولو التقط العبد مع وجود ملتقط غيره لم يقرّ في يده، وينزعه الحاكم، لأنّه المنصوب للمصالح، الّا ان يأذن مولاه، ويأذن بتقريره في يده، فيقدّم على الحاكم ولافرق بين القّن والمدّبر وأمّ الولد والمكاتب والمحرّر بعضه في ذلك كلّه الخ.

والظاهر أنّه اذا كان في محل الهلاك يجب اخذه، لما مرّ، فكأنّه يريد

واسلامه على رأى،

بالجواز ذلك.

والظاهر مع عدم وجود ملتقط آخر ايضاً لم يقرّ في يده، بل ينزعه الحاكم، الّا مع الاذن، وحينئذٍ لافرق بين وجود الملتقط وعدمه، وهو ظاهر وايضاً في عدم اخذ المحرّر بعضه ـ اذا كان في نوبته بحيث يقدر على تربيته ـ، تأمّل.

وأمّا الاسلام فالظاهر انّ المراد انه شرط في أخذ اللقيط الذي حكم باسلامه بان يكون في ديار المسلمين او قريب بلاد يكون فيها مسلم يمكن تولّده فيه (منه ـ خ) كذا قالوا، فدليل من يشترطه الآية(١) وأنه يفتنه عن دينه لأنّه ظاهر أنّه يعلّمه الكفر كما يعلّم اولاده، فتقريره في يده اعانة على تكفير المسلم، فلا يقرّ في يده، بل اذا اخذه يأخذه منه الحاكم كالصبّي.

ويحتمل كونه منبوذاً، كما مرّ، لان كلام التذكرة كان مشعراً بأنّ من لم يكن في يد المولى فهو منبوذ، فتأمّل.

ودليل المجوّز عموم دليل الجواز، وليس بمعلوم كون هذا سبيلاً منفيّاً(٢) بل تكليف عليه والزام بالتربيّة، والتفتين غير معلوم.

على أنّه لو كان ذلك سبباً، لكان ينبغي عدم جواز اخذ الطفل الكافر ايضاً لانّ هناك ايضاً تفتين في الجملة اذ لو اخذه المسلم لاسلمه فتخليته بيد الكافر اعانة على الكفر، بل بالنسبة الى اطفاله ايضاً.

وكأنه لذلك منع الشيخ عليّ من التقاط الكافر ايضاً عند التقاط الكافر كالطفل المسلم(٣) اذالاصل عدم ثبوت سلطنته وثبوت احكام الالتقاط الّا فيما

---

(١) قال الله تعالى: ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً النساء:١٤٢.

(٢) اشارة الى الآية المذكورة آنفاً.

(٣) في بعض النسخ من التقاطه الكافر ايضاً اذالاصل الخ وفي النسخة المطبوعة: من التقاط الكافر ايضاً وكان عدم التقاط الكافر المسلم أولى اذالاصل الخ.

وعدالته على رأي

ثبت بالدليل، وليس الّا الاجماع، ولا اجماع، هنا، ولهذا مانقل في التذكرة الاجماع، بل يمكن دعواه في العكس.

وقال: اما اذا كان الطفل محكوماً بكفره فانّه يجوز للكافر التقاط الكافر (التقاطه ـ خ ل) لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض(١)، وللمسلم التقاط الطفل المحكوم بكفره.

ويؤيد عدم جواز اخذ الكافر المسلم، اعتبار العدالة عند البعض.

قال في التذكرة: الأقرب اعتبار العدالة في الملتقط، فلو التقطه الفاسق لم يقرّ في يده، وينزعه الحاكم، لانّ الفاسق غير مؤتمن شرعاً، وهو ظاهر، فلايجوز الركون اليه للآية(٢) ولايؤمن ان يبيع الطفل، او يسترقّه ويدّعيه مملوكاً، ولايؤمن سوء تربيته، ولا يوثق عليه ويخشى الفساد.

وقيل بعدم اشتراطها، فلا ينزع الحاكم اللقيط من يد الفاسق، لانّ ظاهر حال المسلم الأمانة، ولهذا قبل قوله في ما في يده من أنّه له، وطاهر، ونجس، واعطاء الأمانة.

وبالجملة ظاهر حال المسلم يقتضي الحكم بعدم فعله غير مشروع، ولأنّ الاصل عدم فعله غير مشروع، فاندفع الفساد وغير معلوم دلالة الآية(٣) على منعه وهو ظاهر، وقد مرّ مراراً، ولأنّه يجوز له لقطة الأموال، والفرق بينهما مشكل اذ يمكن حفظ حاله بحيث لايفسد، بالاشهاد والاشتهار، فيؤمن الفساد، كما في المال بالتعريف، الّا أنّ في الاموال أسهل وهو ظاهر.

وفرق في التذكرة بينهما، بانّ في المال تكسُّب(٤)، وبأنّه يجب ردّ المال بعد

(١) الانفال: ٧٣.

(٢) النساء: ١٤٢ اشارة الى قوله تعالى: ولا تركنوا الى الذين ظلموا فتمسكم النار، هود: ١١٣

(٣) هود: ١١٣.

(٤) هكذا في النسخ والصواب تكسباً بالنصب.

....

التعريف اليه لامكان نيّة التملّك، وبأنّ المقصود في المال حفظه، ويمكن الاحتياط بالاستظهار بالتعريف وبنصب الحاكم من يعرّف، وفي لقطة النفس حفظ النفس والنّسب، وقد يهلكه خفية ويترك حفظه بالليل (والنهار-خ)، ويدّعى رقيّته في البلدان البعيدة.

والأخير فرق لابأس به وفي الاوّلين نظر ظاهر، فافهم.

قال في التذكرة: وقيل: لايشترط العدالة ولاينزع اللقيط من يد الفاسق لامكان حفظه في يده بالاشهاد عليه وبامر الحاكم أميناً يشارفه عليه كلّ وقت ويتعهّده في كل زمان ويشيع امره فيعرف أنّه لقيط، فيحصل بذلك من غير زوال ولايته، جمعاً بين الحقّين، كما في اللقطة.

ويعلم منه أنّه على تقدير جوازه لم يخلّ سبيله بل لابدّ للحاكم من الأشهاد عليه واستظهار حاله بالاشراف عليه وتعهّد حاله وكذا فيما سيأتى.

ويمكن ان يقال هنا: ماقيل في اعتبار الاسلام فان المعلوم بالاجماع هو لقطة العدل لاغير، ولا دليل غيره فتأمّل، فيصير هو مثل العبد والطفل، فاذا اخذه يأخذه الحاكم عنه او يكون منبوذاً، وعليه ان يأخذه ان كان في مضيعة.

ثم قال: من ظاهر حاله الامانة -الّا أنّه لم يختبر حاله- لاينزع من يده، لانّ ظاهر المسلم العدالة، ولم يوجد مايعارض هذا الظاهر، ولانّ حكمه حكم العدل في لقطة الاموال والولاية في النكاح واكثر الأحكام، ولكن يوكّل الامام من يراقبه من حيث لايدري لئلا يتأذّى، فاذا حصلت للحاكم الثقة به صار كمعلوم العدالة وهذا الكلام يدلّ على أنّ المسلم عدل مالم يظهر فسقه.

وقال ايضاً في ترجيح احد الملتقطين المتساويين: من ظهرت عدالته بالاختبار يقدّم (فقدّم-خ) على المستور على خلاف بين علمائنا.

وليس ذلك مذهبه في غير هذا الموضع وكذا مذهب الاكثر والأشهر.

ولو اذن المولى لمملوكه، صحّ،
ويُقرّفي يد البدويّ على رأي،

ويعلم أنّه لايجوز التفتيش بحيث يحصل الأذى، وهوغير بعيد.

وأنّـه اذا حصل الوثوق يجوز بالاتفاق، وان لـم يـكن عدلاً، وهو ايضاً غير بعيد، لحصول المقصود، اذ قد يحصل الوثوق بحفظ من ليس بعدل باعتبار ترك بعض المرّوات او كذبه احياناً ونحو ذلك مع حصول العلم بأنّه يحفظ الأطفال ويشفق عليهم اكثر من العدل لكثرة اهتمامه او محبّته للاطفال والأيتام وكرمه وكثرة الملاحظة في المأكل والمشرب بخلاف العدل وحصول العلم ايضاً بأنّه لم يسترقه ولـم يلحق نسبه بغيره، وهو ظاهر، ولكنّه خلاف ضوابطهم، فتأمّل.

ثم قال: يعتبر في الملتقط الرّشد، فلا يصح التقاط المبّذر المحجور عليه، فلو التقطه لم يقرّ في يده، وانتزع منه، فانّه ليس مؤتمناً عليه شرعاً، وان كان عدلاً.

وهذا الشرط ليس بظاهر وغير مذكور في بعض الكتب ايضاً مثل المتن، وعدم حفظ ماله لايدلّ على عدم الامانة، اذ قد يكون في حفظ مال الغير ونفسه في غاية الحفظ.

وايضاً كيف يكون المبذّر عدلاً، مع انّ التبذر حرام بالنص(١) والاجماع، الّا ان يقال أنّه صغيرة مع عدم الاصرار فتأمّل فان الظاهر انّ المبذّر مصر، فتأمّل.

قوله: ولو اذن المولى الخ. بعد ان اذن المولى يصير هو الملتقط حقيقة، كما مرّ، فلا ينافي اشتراط الحرية، ولايحتاج الى قيد (او اذن المولى).

قوله: ويقرّ في يد البدوي على رأي. وجه الجواز عموم الجواز وعدم مايصلح مانعاً، فانّ البدوي يصلح للالتقاط كالقروي والبلدي، وهو المفروض.

وقيل: لايصلح لاحتمال تضييع نسبه بالارتحال من موضع الى موضع

---

(١) قال الله تعالى: انّ المبذرين كانوا اخوان الشياطين وكان الشيطان لربّه كفوراً: الأسراء:٢٧.

ويجوز اخذ المملوك الصغير، دون المميّز،

وشرط الثاني: الملك.

وانتفاء اليد عنه، وعجزه (ويعجز-خ) عن السلامة، وانتفاء العمران.

ومفارقة محل الالتقاط فلم يطلبه اهله إلّا هناك.

وهو دليل تعين، الّا ان يقال لادليل على الاصل الّا الاجماع، ولا اجماع هنا، فتأمّل.

قوله: ويجوز اخذ المملوك الصغير الخ. اشارة إلى أنّه لافرق في الالتقاط بين كون الملتقط معلوم الرّق والملك وعدمه، فيجوز اخذ المملوك الصغير معه باقي الشرائط، ولايجوز اخذ المميّز، وقد مرّ دليله.

وأنّ هذا ينافي الاكتفاء بشرط الصغر، الّا ان يفرّق بين المملوك وغيره، ولكنه بعيد لفظاً ومعنى.

كأنّه يريد بالصغير (من الصغير-خ) غير المميّز الذي يقدر على رعاية نفسه وحفظه، وهو ايضاً بعيد.

قوله: وشرط الثاني الملك. المراد به التقاط الحيوان، وله ايضاً اركان ثلاثة (الاركان الثلاثة خ) الاوّل المحلّ يشترط كونه مملوكاً، فلايجوز التقاط حيوان غير مملوك، فانّه يملكه الآخذ.

قوله: وانتفاء اليد الخ. اشارة الى شرط ثان له وهو عدم كونه تحت يد أحد فلو كان تحت يد أحد يجب عليه ردّه الى مالكه، وكذا من اخذه من يده فليس بملتقط.

واشار الى الثالث بقوله: (وعجزه عن السلامة وانتفاء العمران) يعني يكون عاجزاً عن ان يسلم من ضرر صغار السبّاع إمّا لفضل قوّته كالابل والحمير والبغال الصحيحة الكبيرة (الكثيرة-خ) اولشدة عدوه كالغزال اولطيرانه كالحمام قاله في التذكرة

....
....

ثم قال: وبالجملة كل مايمتنع من صغار السّباع وصغار الثعالب وابن آوى وولد الذئب والسبع، لايجوز التقاطه ولا التعرض له، سواء كان لكبر جثته كالأبل والبغال والحمير، او لطيرانه، او لسرعة عدوه، او لنابه كالكلاب والفهود.

واما اذا كان عاجزاً عن ذلك مثل الغنم والحيوانات المتقدمة،ولكن مريضاً(١) او ضعيفاً، فلا يكفي لجواز التقاطه ذلك، بل لابدّ ان لايكون في العمران -أي لم يكن في المعمورة من البلدان-، فاذا لم يكن كذلك يجوز التقاطه، فيكون ملقوطاً وسيجئ حكمه.

واذا لم يكن في الماء والكلاء، بحيث يقدر ان يعيش فيه فهو مثل العاجز يجوز اخذه، وكذا اذا كان احد هذه الحيوانات، ولكن كان صغيراً عاجزاً عن الامتناع ولم يكن في العمران فحكمه حكم الغنم.

قال في التذكرة: وهذا الحكم -أي عدم جواز اخذه في البعير- انّما هو اذا كان صحيحاً ضلّ عن صاحبه او تركه من غير جهد ولا تعب اذا كان مريضاً او ضعيفاً او لايتبع صاحبه، فان كان قد تركه من جهد في كلاء او ماء فكذلك لايجوز اخذه، وان كان قد تركه في غير كلاء ولا ماء فهو لآخذه، لأنّه كالتالف وملكه الآخذ، ولا ضمان عليه لصاحبه لأنّه كالمبيح له، وهذا حكم الدابة والبقرة والحمار، اذا ترك من جهد فيغير كلاء ولا ماء وسيجئ في الكتاب أيضاً.

وأمّا دليل عدم جواز الأخذ بدون الشرط، فهو أنّ الاصل بقاء مال المالك على حاله، وعدم جواز التصرف في مال الغير الا بأذنه.

ويدل عليه العقل والنقل كتاباً وسنّة(٢) واجماعاً.

---

(١) يعني ولكن كان مريضاً.

(٢) فمن الكتاب قوله تعالى: ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الاّ ان تكون تجارة عن تراض، البقرة:١٨٨.

....

ويدل عليه ايضاً بخصوصها الرواية من العامّة(١).

والخاصة، مثل مارواه هشام بن سالم ـ في الحسن ـ عن الصادق عليه السّلام، قال: جاء رجل الى النبيّ صلّى الله عليه وآله، فقال: يارسول الله انّي وجدت شاة، فقال رسول الله صلّى الله عليه وآله: هي لك او لاخيك او للذئب، فقال: يارسول الله اني وجدت بعيراً، فقال: معه حذائه وسقاؤه حذائه خفّه وسقائه كرشه فلا تهجه(٢).

ومثلها صحيحه الحلبي(٣) وصحيحه معاوية بن عمار(٤) وزاد فيها: وما احبّ ان امسّها.

وأمّا عدم جواز اخذ الشاة فيما لا يجوز فلما مرّ ايضاً، وكأنّه مجمع عليه ايضاً كغير المتنع، فخصص ما في رواية هشام، به ولعموم قوله صلّى الله عليه وآله: الضّوال كلّها لا يأكلها الّا الضالون(٥) ويؤيّده ما في قوله: هي لك او للذئب(٦) والرواية حذائه وسقائه(٧).

وأمّا جواز الأخذ في صورة يجوز فكأنّه اجماعيٌ، قال في التذكرة: (و ـ خ) لو وجد شاة في الفلاة او في مهلكة كان له اخذها عند علمائنا، والاصل فيه ماورواه

---

(١) راجع صحيح مسلم ج٣ ص١٣٤٦ كتاب اللقطة وراجع ايضاً صحيح البخاري ج٣ ص١٦٢ كتاب اللقطة.

(٢) الوسائل الباب ١٣ من ابواب اللقطة الرواية ١.

(٣) الوسائل الباب ١٣ من ابواب اللقطة الرواية بالسند الثاني عن الشيخ.

(٤) الوسائل الباب ١٣ من ابواب اللقطة الرواية ٥ وزاد فيها بعد قوله: او للذئب: وما أحب ان امسكها.

(٥) الوسائل الباب ٢ من ابواب اللقطة الرواية ٤ ومن طرق العامه عن علي عليه السّلام قال: لا يأكل الضالّة الّا ضالّ. كنز العمال ج١٥ ص١٩١ تحت رقم ٤٠٥٤٧.

(٦) تقدم نقلها آنفاً. (٧) تقدم نقلها آنفاً.

....

العامة والخاصّة، حين سئل عليه السّلام عن ضالّة الغنم؟ فقال: خذها، انّما هي لك او لأخيك او للذئب(١) وكذا الحيوان الذي لايمتنع عن صغار السّباع، مثل الثعلب وابن آوى وولد الذئب وولد الاسد ونحوها، فانّ صغار الغنم كفصيلات (كفصلان ـ خ) الابل وعجلان البقر وصغار الخيل والدّجاج والإوز(٢) ونحوها، فانّ ذلك كلّه يجوز التقاطه في الفلوات والمواضع المهلكة.

ثمّ قال: وهذا الحكم ـ في شاة وغيرها من صغار الانعام التي لا تمتنع من صغار السباع ـ انّما يثبت لو وجدها في الصّحراء أو في موضع مهلكة، أمّا لو وجدها في العمران فانّه لايجوز له التقاطها بحال.

ولا فرق بين مايمتنع لكبره او سرعة عدوه او طيرانه، وبين مالا يمتنع كالشاة في تحريم الأخذ لعموم قوله صلّى الله عليه وآله: الضّوالّ لايأكلها الّا الضّالون(٣).

ثم استدل بمفهوم رواية معاوية بن عمار المتقدمة(٤)، ولأنّه اعرض في غير الغنم عنه فيبيح.

ورواية السكوني عن الصادق عليه السّلام انّ امير المؤمنين عليه السّلام قضى في رجل ترك دابته من جهد قال: ان (كان ـ خ) تركها في كلاء وماء وأمن فهى له يأخذها حيث اصابها، وان تركها في خوف وعلى غير ماء ولا كلاء فهي لمن اصابها(٥).

---

(١) تقدم ذكرها آنفاً.

(٢) الإوز بكسر الهمزة وفتح الواو وتشديد الزاء البط، واحدته اوزّة.

(٣) تقدّم ذكرها آنفاً.

(٤) راجع الوسائل الباب ١٣ من ابواب اللقطة الرواية٥.

(٥) الوسائل الباب١٣ من ابواب اللقطة الرواية٤.

فلو التقط كلب الهراش والخنزير، لم يتعلّق به حكم، ولو التقط مايد غيره عليه، الزم بدفعه اليه.

ولو التقط مايمنع (يمتنع ـ خ) عن الموذي ـ كالبعير، اذا وجد في كلاء وماء، او كان صحيحاً، والغزلان واليحامير في الفلاة، او التقط الشاة وغيرها مطلقاً في العمران ـ لم يجز.

وصحيحة عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السّلام، قال: من اصاب مالاً او بعيراً في فلاة من الارض قد كلّت و قامت وسيّبها صاحبها ممّا (لما ـ خ) لم يتبعه فأخذها غيره فاقام عليها وانفق نفقته حتّى احياها من الكلال ومن الموت فهي له و لاسبيل له عليها وانّما هي مثل الشيء المباح(١).

وعن مسمع عن الصادق عليه السّلام، قال: ان امير المؤمنين عليه السّلام (صلوات الله عليه ـ خ) كان يقول في الدابّة اذا سرّحها اهلها او عجزوا عن علفها او نفقتها فهي للذي احياها، قال: وقضى امير المؤمنين عليه السّلام في رجل ترك دابة (دابته ـ خ) في مضيعة (بمضيعة ـ خ)، فقال: ان كان تركها في كلاء وماء وامن فهي له يأخذها متى شاء وان (كان ـ خ) تركها في غير كلاء ولا ماء فهي للذي احياها(٢).

قوله: فلو التقط كلب الهراش الخ. هذا تفريع شرط الملك، وكذا الخنزير.

وقوله (التقط ما يد غيره عليه) متفرّع على اشتراط انتفاء اليد، ويتفرّع على عجزه قوله: (ولو التقط مايمتنع من الموذى) ـ الى قوله ـ: (او التقط الشاة)، وهو متفرّع على قوله: (وانتفاء العمران).

---

(١) الوسائل الباب ١٣ من ابواب اللقطة الرواية٢.

(٢) الوسائل الباب ١٣ من أبواب اللقطة الرواية٣.

ولا شرط (يشترط ـ خ) للآخذ سوى الأخذ، فيجوز للصبي والمملوك والفاسق والمجنون والكافر، الالتقاط.

وشرط الثالث الماليّة، وانتفاء اليد (عنه ـ خ).

واهلية اكتساب الآخذ.

ويتولى الولي التعريف عن الطفل والمجنون،

ولو التقط العبد جاز، ويكفي تعريفه في تملك مولاه.

قوله: ولا شرط للآخذ الخ. اشارة الى الركن الثالث وهو الملتقط، ولا شرط سوى الأخذ فقط، يعني يكفي لحكم الالتقاط الأخذ.

والظاهر أنّه يشترط فيه اهليّة الاكتساب والتملّك، كما صرّح به في شرح الثالث في قوله(١): (وشرط الثالث) الخ هو المال.

وشرط ركنيّة الاوّل ان يكون مملوكاً ومالاً، واليه اشار بقوله المالية:

وشرط ركنية الثاني يعني الملتقط، هو اهلية الاكتساب فقط، وركنيّة الثالث هو الالتقاط، لاشرط له سوى الأخذ والقبض عرفاً.

قوله: ويتولّى الولّي الخ. معلوم ان تعريف ملقوط المجنون والطفل الى وليّهما كسائر امورهما.

وانّ تعريف العبد كاف لتملك مولاه فانّه اهل للتعريف، اذالغرض، الاعلام، وقد حصل، فيجزي.

والظاهر أنّ الالتقاط كان باذن المولى والتعريف ايضاً.

ويحتمل في الأخير أنّه كاف عدم الاذن ايضاً لحصول الغرض.

* * *

---

(١) في النسخة المطبوعة: في شرح الثالث، قوله: وشرط الثالث الخ.

«المطلب الثاني في الاحكام»

يجب اخذ اللّقيط على الكفاية.

وهو حرّ على الاصل، مسلم، الّا ان يوجد في بلاد الشرك (١)، وليس فيها مسلم واحد.

«المطلب الثاني في الأحكام»

قوله: يجب أخذ اللقيط على الكفاية. المراد وجوب اخذ الطفل الضّائع، وقد مرّ دليله، وهو خوف التلف ودفع الضرر، وقال في الشرائع باستحبابه، ويمكن أنّه ان كان في محلّ الخوف بحيث يخاف تلفه، يجب والّا يستحب، ونقل ذلك عن المصنف.

قوله: وهو حرّ على الاصل الخ. يعني اللقيط حرّ مسلم فيحكم بهما مالم يظهر خلافه، مثل كونه في بلاد الكفر، وليس فيه المسلم الذي يمكن استيلاده منه، وحينئذٍ يكون بحكم الكافر حتى يبلغ، فان أظهر الاسلام فهو مسلم، وان أظهر الكفر فهو كافر.

وان كان البلاد بلاد شرك يجوز استرقاق اهلها ـ وليس فيها من لايجوز استرقاقه يجوز استرقاقه للآخذ، وحينئذٍ ليس بلقيط وهو ظاهر.

قال في التذكرة: الاسلام قد يكون بالاستقلال، وهو ان يظهر الاسلام بالعبارة، ان لم يكن أخرس، وبالاشارة المفهمة ان كان، وبالتبعيّة وهو الصبي، فلا يصح اسلامه لأنّه غير مكلّف، ولااعتبار لعبارته في العقود وغيرها، سواء كان مميّزاً أولا، وقال الشيخ: المراهق اذا اسلم حكم باسلامه، فان ارتدّ بعد ذلك يحكم

---

(١) في بعض النسخ: في بلاد الكفر، (دارالشرك ـ خ).

....

بارتداده وان لم يتب قتل ـ الى قوله ـ ثم استدل(١) بروايات اصحابنا، انّ الصبّي اذا بلغ عشر سنين اقيمت عليه الحدود التامة واقتصّ منه ونفذت وصيته وعتقه(٢)، وذلك عام في جميع الحدود وبقوله: كل مولود يولد على الفطرة(٣) الخ. وقال ابوحنيفة: يصحّ اسلامه وهومكلّف بالاسلام، واليه ذهب بعض أصحابنا، لأنّه يمكنه معرفة التوحيد بالنظر والاستدلال، فصحّ منه كالبالغ، ونقل الشيخ عن اصحابه أنّهم حكموا باسلام علي عليه السَّلام(٤) وهوغير بالغ وحكم باسلامه بالاجماع(٥).

والاستدلال بالرواية(٦) مشكل، لعدم ظهور الصحة والدلالة على هذا المطلب، ومانقل عن امير المؤمنين عليه السَّلام (بلغ فامره ـ خ) ممّا لايقاس عليه غيره، فان النبيّ صلّى الله عليه وآله والائمة عليهم السَّلام ليسوا من قبيل سائر الناس، ولهذا حكموا لكون الحجّة صلوات الله وسلامه عليه اماماً مع كونه ابن خمس سنين.

نعم الحكم باسلام المراهق غير بعيد لعموم من قال: لا اله الاّ الله محمّد

---

(١) يعني الشيخ قدّس سرّه.

(٢) راجع الوسائل الباب ٢٢ من كتاب الشهادات ج١٨ ص٢٥٢ وفي بعض الاخبار اجراء حدّ السرقة على من بلغ تسع سنين، ولم نعثر على رواية مشتملة على ماقي المتن وغيره من الابواب المتفرقه.

(٣) اصول الكافي ج٢ باب فطرة الخلق على التوحيد الحديث٤ من كتاب الايمان والكفر ص١٣. وفي صحيح مسلم ج١ باب الامر بقتال الناس حتى يقولوا لا اله الاّ الله محمّد رسول الله صلّى الله عليه وآله.

وفي صحيح مسلم ج٨ ص٥٢ طبع مصر باب معنى كل مولود يولد على الفطرة الخ وفي عوالي اللئالي ج١ ص٣٥ الحديث١٨.

(٤) في التذكرة: عن اصحابه باسلام علي عليه السَّلام ج٢ ص٢٧٤.

(٥) انتهى كلام التذكرة مع نقل بالمعنى في بعض عباراته ج٢ ص٢٧٤.

(٦) يعنى قوله كل مولود الخ.

....

رسول الله (صلّى الله عليه وآله) فهو مسلم (١). وقاتلوهم حتى يقولوا لا اله الّا الله (٢) وامثاله كثيرة.

ولأنّهم ـ اذا قدروا على الاستدلال وفهموا ادلة وجود الواجب والتوحيد ومايتوقف عليه و وجوب المعرفة والنظر في المعرفة ـ يمكن ان يجيب عليهم ذلك، لانّ دليل وجوب المعرفة عقلي، فكلّ من يعرف ذلك يدخل تحته، ولا خصوصية له بالبالغ، ولا استثناء في الادلة العقلية، فلا يبعد تكليفهم، بل يمكن ان يجب ذلك، فاذا اوجب عليهم يجب ان يصحّ منهم، بل يلزم من الحكم بالصحّة وجوبه ايضاً، ويترتب عليه الاحكام.

وأمّا لو ارتدّ أحد منهم بعده، يمكن الحكم بعدم ارتداده لضعف عقله، فانّه لا استقلال بعقلهم، اذ قد يعرض لهم لصبويتهم وقلّة تعقلهم شك، ولهذا يفعلون افعالاً غير مستقيمة مثل اللعب الذي يفعله الصبيان، واذا بلغوا لم يفعلوه يقيناً، وللشبهة، فيدرأ الحدود بها، فاذا درأ عنهم الحدود لم يكونوا مرتدين، ولايدلّ على عدم الاسلام وعدم اعتباره (وعدم ـ خ) اجراء هذه الاحكام عليهم، لمامرّ، لأنّ هذه من الفروعات الفقهيّة، وقد اجمعوا على عدم وجوب الفروع عليهم وعدم تكليفهم بها، ولهذا صرّح بعض العلماء بانّ الواجبات الاصوليّة العقليّة تجب على الصغير قبل بلوغه دون الفرعيّة.

والظاهر انّ ضابطه القدرة على الفهم والأخذ والاستدلال على وجه مقنع (يقنع ـ خ)، ففي كل من وجد فيه ذلك يصحّ ويمكن ان يجب عليه ذلك المقدار، ومن لم يوجد فيه ذلك لم يجب.

---

(١) وفي صحيح مسلم ج ١ الباب الامر بقتال الناس حتى يقولوا لااله الّا الله.

(٢) راجع المستدرك الباب ١٠ من ابواب جهاد العدوّ الرواية ١.

....

وقال في الدّروس، وهو لمّا قاله الشيخ قريب، ولا شك أنه احوط، وما ستدل به الشيخ مؤيّد، فقوله قريب.

قال في التذكرة: غير المميّز والمجنون لايصحّ اسلامهما مباشرة اجماعاً، ولا يحكم باسلامهما الّا بالتبعيّة لغيره

فيريد بهما من لا قدرة له على الاستدلال، ولا يفهم وجوب المعرفة، ونحوه، وجنون(١) المجنون اخرجه عن الفهم والقدرة على الاستفهام والاستدلال مثل غير المميّز، وأمّا اذا كان لهم فهم مستقل لايبعد اعتباره حينئذٍ، واجراء الاحكام يمكن في حقه عليه فتأمّل.

ثمّ قال في التذكرة: جهة التبعيّة عندنا ثلاثة (الاوّل ـ خ) الاسلام وهو على وجهين احدهما اسلام احد الابوين حال علوق الولد، فيحكم باسلام الولد من مسلم لأنه جزء من مسلم فانّ بلغ ووصف الاسلام فلا بحث وان أعرب عن نفسه بالكفر واعتقده حكم بارتداده عن ارتداد او فطريّ، يقتل من غير توبة، ولو تاب لم تقبل توبته الثاني ان يكون ابواه كافرين حال (حالة ـ خ) العلوق ثم اسلما او احدهما قبل الولادة او بعدها إلى قبل البلوغ بلحظة، فيحكم باسلام الولد من حين اسلام احد الابوين، ويجرى عليه احكام المسلمين(٢).

وهذه الاحكام مانعرف لها دليلاً، فكأنّ دليلها اجماعهم او نصوص مانعرفها.

ثمّ انّ الظاهر قبول توبته، اذا الظاهر أنّه مكلّف ـ مالم يقتل ـ(٣) بالتوبة والعبادة، ومع عدم القبول لايمكن التكليف.

---

(١) في النسختين وصون المجنون الخ.

(٢) انتهى كلام التذكرة مع اختصار وتفاوت في بعض التعابير مراجع ج٢ ص٢٧٤.

(٣) في النسختين: مالم تقبل.

....

فكأنّه يريد بعدم قبول توبته، قبولها بحيث يسقط عنه جميع احكام الارتداد حتى القتل، فتأمّل.

ثم قال: فلو اسلم احد الأجداد فتبعه فيه، وفي معنى الابوين الاجداد والجدات لأب كانوا او لأمّ وارثين كانوا ام لا، اقارب او أباعد، فلا اشكال مع عدم حياة الابوين، قال: ولو كان الاب حيّاً فاشكال ينشأ من أنّ سبب التبعيّة القرابة وهي لاتختلف بحياة الأب وموته كسقوط القصاص وحدّ القذف، ومن انتفاء ولاية الحضانة للجدين مع الابوين.

ثم قال: ولا فرق بين ان يكون المسلم من الجدّين طرف احد الابوين او مقابله، فلو اسلم جدّ الأم، والأب حيّ او اسلم جدّ الأب، والأمّ حيّة جاء الاشكال، وكذا البحث ان كان الابوان او الجدّان القريبان موتى واسلم الجدّ البعيد والجدّة إمّا من قبل الأب او من قبل الأمّ او من قبلهما معاً، فان الولد يتبعه، وكذا ذكر الاشكال في جميع المراتب(١).

ودليل الاصل هنا أيضاً غير ظاهر، الّا ان يكون اجماعيّاً او منصوصاً، كمامرّ.

ثم لاينبغي الاشكال مع حياة احد الاقربين مثل الابوين مثلاً، بل مع حياتهمامعاً، لانّ الجدّ بمنزلة ولده أي الأب مثلاً، فكأنّ الاب مسلم والامّ كافرة فلا يضرّ، وكذا في العكس، وجميع هذه المراتب، فتأمّل.

ثمّ ان أعرب الصبي بعد البلوغ الكفر بعد الحكم باسلامه لاسلام متبوعه(٢)، فظاهر التذكرة أنّه عندنا لاينقص شيء من الاحكام السابقة.

---

(١) التذكرة: ج٢ ص٢٧٤.

(٢) في النسخة المطبوعة بعد قوله: متبوعة مالفظه ـ فالتبعيّة غير ظاهر والّا فظاهرة، وظاهر التذكرة الخ.

....

وقال أيضاً: الصبيّ المحكوم بكفره اذا بلغ مجنوناً كان حكمه حكم الصغير، حتى أنّه لو أسلم احد الابوين تبعه، امّا لو بلغ عاقلاً ثمّ جنّ ففي التبعيّة اشكال.

لو كان دليل الاصل نص او اجماع يعلم عدمه هنا، فتأمّل.

ثمّ ذكر السبب الثاني وهو تبعيّة السّابي، وقال: قال بعض علمائنا ان الصبيّ يتبع السّابي في الاسلام، فاذا سبي المسلم طفلاً منفرداً عن احد ابويه حكم باسلامه، لأنّه صار تحت ولايته، وليس معه من هو اقرب اليه، فيتبعه كما يتبع الابوين(١).

هذا الدليل ظاهر ضعفه، واصل الكفر المحكوم به فيه(٢) لم يزل بمثل هذا.

نعم قد يفهم تبعيّته له في الطهارة فان كان اجماعياً، فهو والّا ففيه ايضاً ضعف، وظاهر كلامهم عدم الخلاف فيها، امّا في الاسلام ففيه تأمّل.

والظاهر ان لاخلاف في أنّه اذا كان مع أحد أبويه فحكمه حكمه مادام طفلاً، ومتى أسلم يتبعه، سواء كان السّابي واحداً او متعدداً.

ثمّ ذكر الجهة الثالثة وهي تبعية الدار وهي المقصود هنا، وطول في الكلام، وحاصله أنّه من لفظ في بلد، ويوجد (وجد-خ) فيه مسلم يمكن كون ذلك الولد منه حكم باسلامه، ولابدّ ان يكون ذلك المسلم ساكنا فيه، ولا اعتبار بالطرق والاجتياز في ذلك والظاهر أنّه يكفي امكان كون هذا الولد منه، فتأمّل.

ولعل دليله أيضاً هو الاجماع والنص، والّا فهو بعيد(٣) لايجد العقل من الحاقه بالأكثر بدّاً ولهذا يحكمون باسلام اهل البلد لإسلام الأكثر، فتأمّل.

وأمّا دليل كونه حرّاً فهو انّ الاصل في الانسان هو أنّه حرّ، والملكيّة قد

---

(١) التذكرة ص٢٧٥.

(٢) في النسخة المطبوعة المحكوم برقيّته.

(٣) في النسخة المطبوعة هكذا: لما يجد العقل من الحاقه اكثر ولهذا الخ.

وعاقلته الامام.

ولو توالى احداً جاز(١).

تعرضه لاسبابها، والاصل عدمه.

والرواية مثل صحيحة حريز في الفقيه، عن ابي عبدالله عليه السّلام، قال: المنبوذ حرّ انشاء جعل ولاه للذين ربّوه وان شاء لغيرهم(٢).

وفي صحيحة الحلبي، قال: سئل ابوعبدالله عليه السّلام عن ولد الزنا أيشترى او يباع او يستخدم؟ قال: نعم، الّا جارية لقيطة فانّها لا تشترى(٣).

قوله: عاقلته الامام. أي ليس عاقلته ووارثه الملتقط، بل هو سايب، فان جعل لنفسه عاقلة وضامن جريرة، والّا فعاقلته ووارثه الامام عليه السّلام، لما تقرّر عندهم من أنّه عاقلة ووارث من لاعاقلة له ووارث له.

قوله: ولو توالى الى احد جاز. اشارة إلى أنّه سائب، له ان يتوالى احداً، ويضمن جريرته (ويجعله ضامن جريرته-خ) بشرطه المذكور في محلّه.

ويدل عليه رواية حريز المتقدمة، عن أبي عبدالله عليه السّلام، قال: المنبوذ حرّ وولائه للذين ربّوا ان شاء وان شاء لغيرهم(٤).

وفي الفقيه وفي باب بيع حيوان التهذيب، روى باسناده عن قاسم (حاتم-خ) بن اسماعيل المدائني، عن أبي عبدالله عليه السّلام قال: المنبوذ حرّ، فان أحبّ ان يتوالى غير الذي ربّاه والاه، وان طلب منه الذي ربّاه النفقة، وكان موسراً ردّ عليه، وان كان معسراً كان ماانفق عليه صدقة(٥).

---

(١) في نسخة المطبوعة: ولو توالى الى أحد.

(٢) الوسائل الباب ٦٢ من كتاب العتق الرواية٣ ج١٦ ص٦٢.

(٣) الوسائل الباب ٦٢ من كتاب العتق الرواية٢.

(٤) الوسائل الباب ٦٢ من كتاب العتق الرواية٣.

(٥) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب اللقطة الرواية٢.

ويستعين الملتقط في النفقه بالسلطان(١).

وروي ايضاً عن عبدالرّحمن العرزمي، عن أبي عبدالله عليه السّلام، قال: المنبوذ حرّ، فاذا كبر فان شاء توالى الى الذي التقطه، والّا فليرد عليه النفقه، وليذهب فليوال (فليتوال-خ) من شاء(٢) وهي صحيحة على الظاهر.

وروي ايضاً فيه (في الصحيح) عن ابن محبوب، قال: سألت أباعبدالله عليه السّلام عن اللقيطة؟ فقال: لا تباع ولا تشترى ولكن استخدمها بما انفقت عليها(٣).

وهذه تدل على جواز استخدامها عوضاً عن النفقة، ولايتعدّى غيره من الايتام وغيرهم ان يستخدمهم المنفق والمربي ويكون (ويمكن-خ) عوضاً عن الحضانة ايضاً، وان انفقها من ماله، فتأمّل.

وروي فيه ايضاً (في الحسن) عن محمّد بن مسلم، قال: سألت اباجعفر عليه السّلام، عن اللقيطة؟ فقال: حرّة لا تباع ولا توهب(٤).

قوله: ويتعين الملتقط بالسلطان في النفقة. يعني لايجب على الملتقط انفاق اللقيط.

قال في التذكرة: لايجب على الملتقط النفقة على اللقيط اجماعاً، والاصل ايضاً دليل، وكذا حصر من وجب نفقته في الوالدين والزّوجة والوارث الصغير من الاخ وابن الاخ وغيره، وفي صحيحة الحلبي -في الفقيه- قال: سئل الصادق

(١) في بعض النسخ: ويستعين الملتقط بالسلطان في النفقه.

(٢) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب اللقطة الرواية٣.

(٣) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب اللقطة الرواية٤ وفيه عن ابن محبوب، عن محمّد بن احمد قال: سألت الخ.

(٤) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب اللقطة الرواية٥ وفيه كما في الكافي ايضاً: عن اللقيط؟ فقال: حرّ لايباع ولا يوهب.

....

عليه السّلام، قال: قلت: من الذي اجبر على نفقته؟ قال: الوالدان والولد والزوجة والوارث الصغير يعني الاخ وابن الاخ وغيره(١).

وايجاب الالتقاط لايوجب النفقة، وهو ظاهر، فان كان للّقيط مال ينفق عليه منه.

ويمكن ان لايجب استيذان الحاكم مع الامكان ايضاً، للاصل، ولولايته عليه في الجملة، ويمكن ذلك وجوباً مع امكانه، لامع عدمه.

قال في التذكرة: اذا كان للّقيط مال فالاقرب عندي أنّ الملتقط لايستولي (لايستقل بحفظه ـ خ) لحفظه، بل يحتاج إلى إذن الحاكم، لانّ اثبات اليد على المال انّما يكون بولاية إمّا عامة او خاصّة، ولا ولاية للملتقط ولهذا اوجبنا الرّجوع الى الحاكم في الانفاق عليه من ماله(٢).

وقال في موضع آخر: اذا كان للّقيط مال انفق عليه اجماعاً ـ الى قوله ـ ولايتولّى الملتقط الانفاق عليه من ماله، لاستقلال، مالم يأذن الحاكم، اذا امكن مراجعته.

وقال ايضاً: فان اذن له في الا تفاق عليه جاز له، كما يجعل أميناً للصغير، اذا مات ابوه بغير وصيّة، فان انفق عليه بغير اذن الحاكم مع امكانه ضمن ماانفقه، ولم يكن له الرّجوع على اللقيط كمن في يده وديعة ليتيم فانفقها عليه.

ثمّ قال: ولو لم يتمكن من مراجعة الحاكم اولم يكن هناك حاكم، فانه ينفق الملتقط من مال الطفل عليه بنفسه ـ الى قوله ـ فهل يجب الاشهاد الخ. الأقرب ذلك، لأنّ الاشهاد مع عدم الحاكم قائم مقام اذن الحاكم مع وجوده، كما في

---

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب النفقات من كتاب النكاح الرواية ٦ وغيرها ومن روايات الباب.

(٢) التذكرة: ج٢ ص٣٧٣.

....

الضّالة فاذا اشهد على الانفاق لم يضمن، ولو لم يشهد مع القدرة على الاشهاد ضمن، ولا معها، فلا ضمان(١).

اذا عرفت هذا، فيحتمل ان يكون قول المصنف (ويستعين الخ) اشارة الى الرجوع الى الحاكم لانفاقه مطلقا مع وجود ماله وعدمه، وسيجيءُ أنه يجب اذن الحاكم في الانفاق عن ماله.

وان يكون اشارة الى أنّه ان لم يكن مال يستعين بالحاكم، هذا هو الأظهر.

قال في الدروس: يجب حضانته بالمعروف وهو القيام بتعهّده على وجه المصلحة بنفسه او زوجته او غيرهما، والأولى ترك اخراجه من البلد الى القرية ومن القرية الى البادية ـ الى قوله ـ لو احتاج الملتقط الى الاستعانه بالمسلمين في الانفاق عليه رفع أمره الى الحاكم ليعيّن من يراه، اذ التوزيع غير ممكن، والقرعة انّما تكون في المنحصر، ولا رجوع في الانفاق لمن تعيّن عليه الانفاق، لأنّه يؤدّي فرضاً، وربما احتمل ذلك ـ الى قوله ـ ويتجّه على قول المحقق بالاستحباب، الرجوع، ويؤيّده ان مطعم الغير في المخمصة يرجع عليه اذا أيسر، ولو قلنا بالرّجوع فمحله بيت المال او مال المنفق عليه ايّهما سبق اخذ منه(٢).

اعلم انّ كل ذلك يحتاج إلى الدليل، وغير ثابت أمر الكلّ الى الحاكم حتى مال الملتقط مع ثبوت ولاية الحضانة له، والظاهر أنّ ذلك تابعه، واليه في القواعد اشار (اشارة ـ خ) قال: ولا يفتقر في احتفاظه ـ أي ماله ـ الى اذن الحاكم، وحمله على أنّه ليس له التصرف فيه من غير اذنه ـ وله الحفظ ـ محلّ التأمّل، اذ ينبغي الاذن في الحفظ ايضاً، لأنّه على ذلك التقدير لايصحّ بدون الاذن، كالوديعة.

ثمّ انّه على تقدير عدمه، كون الاشهاد قائماً مقامه ـ كما مرّ ـ محلّ التأمّل،

---

(١) التذكرة: ج٢ ص٢٧٣.

(٢) الدروس كتاب اللقطة ص٢٩٨.

فان تعذّر، فبالمسلمين (فللمسلمين-خ).

واحتياجه الى الدليل اكثر من الاول، ولا شك انها أولى مع الامكان، وكأنّه لذلك ترك في الدروس، كما يفهم من كلامه المنقول سابقاً.

وقال أيضاً: ويجب حينئذٍ الانفاق من ماله من اذن الحاكم، الّا ان يتعذّر، وما ذكر الاشهاد حينئذٍ،

ثم الحاكم ان تمكّن لانفاقه من بيت المال فذلك، والّا فيمكن ان يكون من ماله، لأنّ ولايته وميراثه له، وهوعاقلته.

وقيل ميراثه لبيت مال المسلمين فنفقته منه، وهو خلاف المشهور، وان لم يكن بيت مال فوجب (يوجب-خ) على المسلمين كفاية كالفقير الزّمن والمجنون والميت اذا لم يكن له كفن.

قال في التذكرة: وفي وجوب الكفن تأمّل، ثم قال: فاذا قام البعض سقط من الباقين، والّا استحق العقاب كلّهم.

ثم قال: اذا احتاج الامام الى التقسيط على الاغنياء قسّط مع الامكان، ولو كثروا وتعذر التقسيط يضربها السلطان على من يراه بحسب اجتهاده، فان استووا في نظره تخيّر.

والمراد اغنياء تلك البلدة (او-خ) والقرية، ولو احتاج الى الاستعانة بغيرهم استعان، ولو رأى المصلحة في التناوب عليه في الانفاق منهم فعله، فيمكن الرّجوع، كما اشار إليه في الدروس في آخر كلامه، لكن مع التعيين، وقال في التذكرة ايضاً: انّ تيسّر الاقتراض اقترض، والّا قسّط فتأمّل.

قوله: فان تعذّر فبالمسلمين الخ. أي تعذر الحاكم فيستعين بالمسلمين، بالتوزيع، كما قلناه في فعل الحاكم، وذلك يجب عليهم كفاية، لما مرّ، فان فعل واحد فهو، والّا يجب ان يجتمعوا ويعطى كل واحد شيئاً حتى يحصل النفقة له، او يتناوبون، وان كانوا منحصرين، ولايقبل التناوب والنفقة القسمة، تقرع، وبعدها

ويجب عليهم فان تعذر انفق، ورجع مع النية (مع نيّته ـ خ) ولا رجوع لو تبرّع، او وجد المعين.

ولو كان مملوكا، باعه في النفقه، مع تعذر الاستيفاء.

يتعيّن، والكلام في الرّجوع مع التعيين، ماتقدم، وغير بعيد.

فان تعذّر من احد تعيّن عليه نفسه، وله الرّجوع مع نيّته، وهو مؤيّد للرّجوع(١) لغيره مع النيّة.

ولو امكن الاشهاد فعل وفي وجوبه معه بحث تقدم، ومعلوم أنّه لوتبرّع لارجوع له بل يمكن مع عدم قصد الرّجوع ايضاً عدم الرّجوع للاصل، او (ولوـخ) وجد المعيّن يأخذمنه فلولم يأخذ وأنفق حينئذٍ عن نفسه، فلا رجوع له على التقديرين.

قوله: ولو كان مملوكاً باعه الخ. يعني لو كان اللقيط مملوكاً عبداً او أمة فانفق عليه الملتقط، او استقرض لذلك بقصد الرّجوع ـفما وجد سيده يوفي (يستوفي ـ خ) عنه ولاحاكم ـ يجوز له ان يبيعه في ذلك النفقة(٢) ويستوفي ماانفق.

وكذا يجوز بيعه ابتداء في النفقة، وان كفى بيع بعضه اكتفى به.

ويدلّ على جواز البيع بنفسه من غير قيد تعذر الحاكم، مافي صحيحة علي بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر عليهما السّلام، قال: سألته عن اللقيطة اذا كانت جارية هل يحلّ فرجها لمن التقطها؟ قال: لا، انّما يحل له بيعها بما انفق عليها(٣).

ويدلّ على الانفاق بنفسه وكذا الرّجوع ايضاً، فتأمّل.

---

(١) وفي النسختين، للرجوع ولغيره مع النيّة.

(٢) هكذا في جمع النسخ، والصواب، في تلك النفقة.

(٣) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة حديث٨ ج١٧ ص٢٥١.

ويملك ما يده عليه ممّا يوجد فوقه او تحته او مشدوداً في ثيابه، او يوجد في خيمة، او دار فيها متاع، او على دابّة عليها حمل، وشبهه، لامايوجد بين يديه، او الى جانبيه، في الصحراء.

وان لم ينفق يمكن بيع الكل، ويكون الزائد لقطة، فتملك (فيتملك ـ خ) وتضمن (ويضمن ـ خ) قيل: يجوز ذلك في اللقيط المملوك بعد التعريف، ومنعه في الدرّوس.

ودليل المجوّز عموم ادلّة حكم اللقيطة.

ويدل عليه صحيحة زرارة في الفقيه ـ في باب ماجاء في ولد الزّنا واللقيط ـ، عن احدهما عليهما السّلام، أنه قال في لقطية وجدت، فقال: حرّة لا تشترى، ولا تباع، وان كان ولد مملوك (لك ـ ئل)، لكن كان عن الزّنا، فامسك اوبع ان احببت هو مملوك لك(١).

وفي المتن شيء فتأمّل، وفيه دلالة على حريّة اللقيط حتى تثبت الرقّية، وهو المجمع عليه، ومقتضى الاصل والرواية وغيرهما.

قوله: ويملك مايده عليه الخ. اشارة الى مال اللقيط فكلّ مايده عليه عند الالتقاط ـ مما يوجد فوقه كاللّحاف اوتحته كالفراش وما لبسه ومّالق به وماشدّ بثيابه ـ فهو له.

ولو وجد اللقيط في خيمة او دار فيها متاع فالخيمة والدار مع مافيها له، اذيده عليه، وكذا من وجد على دابّة عليها حمل، فالدابّة والحمل له، وبامثال ذلك يحكمون بأنّه ماله، لانّ ظاهر اليد دليل الملك، فيمكن ان يملك.

ولا شك أنّ اللقيط قابل للتملّك، ولو كان شخص كبير موضعه،

---

(١) الوسائل الباب ٩٦ من ابواب مايكتسب به الرواية٢ ص٢٢٣ ج١٢وفيه كمافي الفقيه ايضاً ولد مملوك لك من الزّنا الخ.

....

يحكم شرعاً بملكه لها، والصغير غير بالغ.

ولا يحكم بانّها ماله بمجرّد وجودها عنده بين يديه او خلفه أو احد جانبيه في الصّحراء أي غير البيت والخيمة ونحوها، اذ ذلك ليس بتصرّف مملّك، الّا ان يكون هناك قرينة، مثل ان كان هناك كتاب عليه الخطوط بأنّ هذه الاشياء له، خصوصاً خطّ من هو موثوق به، وبالجملة مع الأمن عن التزوير يعمل به.

قال في شرح القواعد ـ في شرح قوله: وان كان معه قرينة (رقعة ـ خ) أنّه له على اشكال ـ: والّا صح أنه ان اثمرت الكتابة ظنّاً قويّاً ـ كالصّك(١) الذي تشهد القرائن بصحته خصوصاً ان عرف خطّه ـ عمل بها، فانّه يجوز العمل في الامور الدينية بخط الفقيه، اذا أمن من تزويره، وانّما يثمر الظن القويّ.

هذا اذا لم يكن معه (به ـ خ) معارض من يد أُخرى، ولا دعوى مدّع، ولا قرينة أُخرى تشهد بخلاف ذلك، والّا فلا.

ولا يخفى أنّه اذا تحقق ماشرطناه، لايشترط في الحكم كون الرقعة معه، بل لو كانت في المتاع او مكتوبا عليه، فهو كذلك، وان كانت عبارة الكتاب قاصرة عنه، والظاهر ان ليس معنى عبارة الكتاب (معه) أنّه متّصل به، فانّه اذا كان عنده وفي متاعه، يقال: معه.

ومن جملة اموال اللقيط ماهو وقف على اللقطاء او على هذا اللقيط او أوصى لهم، اوله، ويقبل الوصية الحاكم او نائبه، ويمكن الهبة ايضاً، ذكره في التذكرة عن العامة وردّه، ولكنه مذكور في الدروس ايضاً.

وفي شرح القواعد: ان كانت مخصوصة به يجوز ويقبلها الحاكم، والّا فلا، اذ لايجوز الهبة الّا لمعين، ولهذا ردّه في التذكرة.

---

(١) الصكّ بتشديد الكاف، كتاب كالسجّل يكتب في المعاملات (مجمع البحرين).

ولاينفق الملتقط من مال المنبوذ، الّا باذن الحاكم، فيضمن، مع امكان الاذن.

ولو جنى عليه اقتصّ له الحاكم، او أخذ الدية، ان لم يكن (ـخ) له ولي غيره، لا الملتقط ولايجب التأخير على رأي.

وللمنع محال، اذ لامانع من العموم مع قبول الحاكم، كالوقف على جهات العامّة، فتأمّل.

قوله: ولا ينفق الملتقط الخ. قد مرّ أنّه ليس للملتقط التصرف في مال اللقيط، ولا ولاية له عليه، فلا يجوز له التصرف الّا باذن من له الاذن، وهو الحاكم عندهم على الاطلاق، وأنّه وليّ من ليس له ولّي ووصيّ كاللقيط.

وانّ غيره يضمن لو تصرّف وانفق على اللقيط بغير اذنه مع امكانه، ومع عدم الامكان يجوز ولاضمان، وصرح في التذكرة به(١) بانّ الاشهاد يقوم مقامه، فلو ترك مع الامكان ضمن.

والكلّ غير ظاهر، ولكنّ الاذن مذكور في اكثر الكتب دون الاشهاد فانّه في التذكرة فقط، والاحتياط واضح.

قوله: ولو جُني عليه اقتصّ له الخ. يعني لوجنى احد على اللقيط الذي لاولي له ولا وارث ولا (ولوضامن ـخ) ضامن جريرة ـ ان كانت الجناية موجبة للقصاص كقطع يده عمداً ـ فالحاكم يقتصّ له، أو يأخذ له الديّة، والغرض انّ الولّي هو الحاكم لا الملتقط، فانّ له الحضانة والتربية فقط.

ولا يجب على الحاكم احدهما بعينه، بل له التخيير يفعل أيّهما اراد، مع المصلحة، ولايجب عليه الصّبر أيضاً حتى يوجد له ولّي، او يكبر هو ويفعل مايرى.

ودليله أنّه وليّه وله مايرى فيه من المصلحة ويفعل، ثم لااعتراض

---

(١) هكذا في جيع النسخ، والصواب اسقاط لفظة (به).

ويحد القاذف، وان ادّعى الرقيّة، على رأي.

ويقبل اقراره بالرقيّة مع البلوغ، والرشد، وانتفاء العلم، بحريّته، وادعائه لها.

لأحدعليه وردّ مافعله.

وان أخذ مالاً وكبر الصبّي ولم يرض، فليس له ردّه، وذلك مثل مالو كان المتصرّف في ماله هو الأب او الجدّ.

وقيل يجب عليه التأخير، اذا كان مميّزاً او الجناية غير النفس، لأنه لايعرف مراده، فانّه قد يريد القصاص في موضع اخذ المال او العكس، وهوغير ظاهر.

قوله: ويحدّ القاذف الخ. لمّا حكم بانّ اللقيط حرّمسلم، والحاكم وليّه، فاذا قذفه قاذف قذفاً يوجب الحدّ، فللحاكم انّ يحدّ القاذف، لأنّه الولّي، فيفعل مايريد، وفيه المصلحة، كالاب والجدّ.

وان ادّعى القاذف أنّ المقدوف ـ اي اللقيط ـ رقّ فلا يوجب قذفه حدّاً لا (فلا ـ خ) يسمع، لما مرّ، مع أنّه محكوم بحريّة.

ونقل عن الشيخ قول آخر على عدم الحدّ حينئذٍ، فانّه نوع شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات(١)، والاصل البراءة، ولأنّ الحريّة ليست بثابتة يقيناً، بل ظاهر الأمر، فيحتمل العدم، مع انّ في شمول الولاية له ايضاً تأمّل(٢).

ولا نزاع في التعزير، اذ هو الى الحاكم، وليس بموقوف على شيء اصلاً.

قوله: ويقبل اقراره بالرقية الخ. يعني اذا بلغ اللقيط، وصار كامل العقل، فاقرّ لنفسه بالرقيّة، يقبل اقراره بذلك ويحكم عليه بالرقيّة، لعموم اقرار العقلاء على انفسهم بالنّص(٣) والاجماع.

---

(١) راجع الوسائل الباب ٢٤ من ابواب مقدمات الحدود ج١٨ ص٣٣٥.

(٢) هكذا في جميع النسخ والصواب، تأمّلاً.

(٣) راجع الوسائل الباب٢ من كتاب الاقرارج١٦ص١١١ والعوالي ج٣ص٤٤٢ الحديث٥ وماعلق عليه.

ويصدق مدّعي بنوته، بدون البينة، مع جهالة نسبه، وان كان كافراً او عبداً، ولكن لايثبت كفره ولارقّه.

ولكن لابد ان لايكون ذلك علوم الكذب، باب علم كونه حرّاً، وان لايكون نقيضه صادراً عنه، مثل (مثلاً ـ خ) ان قال اوّلاً أنّه حرّ، ثمّ اقرّ بالرقية، فلا يقبل الأخير، لموافقة الاوّل بحكم ظاهر الشّرع، فلا يقبل نقيضه.

ويحتمل القبول، اذ ماعلم كونه حرّاً في نفس الامر بالعلم اليقيني، بل بظاهر الحال، فلا ينافيه كونه غير موافق لما في نفس الامر، بل هو كذلك حينئذٍ بظاهر الشّرع، اذ لايسمع اقراره الاوّل ولا اثر له، لأنّه اقرار لنفسه لاعليه، فوجوده وعدمه سواء، فاذا أقرّ بما عليه وان ضادّ اقراره الاوّل يقبل اقراره الثاني، لعموم قبول اقرار العقلاء على انفسهم، ويدفع به الاصل، وقوله الاوّل ايضاً، ولهذا لو قال: ليس لزيد في ذمّتي شيء، وهو موافق لأصل البراءة، وقال بعد ذلك: له عليّ كذا يسمع.

والظاهر أنّه لاخلاف فيه، وكأنّه لذلك قال بعض بصحة الاقرار حينئذٍ.

قال الشيخ علي: والاصحّ القبول، فتأمّل.

قوله: ويصدّق مدّعى بنوّته الخ. يعني اذا ادّعى رجل ـ يمكن ان يكون أبا اللقيط، ملتقطاً كان او غيره ـ ولديته من غير منازع، يصدّق في دعواه، او يدّعى نسباً مجهولاً ممكناً، غير مضرّ لأحد، من غير منازع، فيقبل قوله فيه، كما في غير اللقيط، فكأنّه اجماعي.

فيه تأمّل، اذ الكبرى غير بديهيّ ولا مبرهناً عليه، فلابد ان يكون له دليل، وما نعرف دعوى الاجماع، الّا في شرح القواعد، ويحتمل النصّ، الله يعلم.

بخلاف ان يدّعي من لايمكن كون هذا منه، بان يكون في سن لايمكن كونه اباً له، او يكون عنيّناً او غائباً مدّة لايمكن كونه منه، وغير ذلك.

ولو شاركه غيره في تلك الدّعوى لايقبل ذلك ايضاً، بل يحتاج الى البيّنة،

....

فان لم يكن لهما بيّنة، او يكون لهما، يحكم بالقرعة، فان (وان ـ خ) كان لاحدهما البيّنة دون الآخر، فهو له، وكذا ان ادّعى من قصر لغيره، بان يدّعي بنوّة من علم كونه عبداً لشخص.

ويمكن ان يقال مع الحرية ايضاً ضرر للقيط، بان يكون اللقيط ذا مال، والمدّعى فقير، فيأخذ من ماله، وينفق على نفسه، فكأنّهم ما نظروا الى مثل هذا، ولا فرق عندهم بين كون هذا المدّعى مسلماً او كافراً، حرّاً او عبداً.

وقال في التذكرة: ولو كان احد المدّعيين مسلماً والآخر كافراً تساويا ايضاً، عبداً او حرّاً، لعموم سماع الدعوى، ولم يحكم بمجرّد ذلك بكفر اللقيط ورقه، اذ لايثبت ذلك بمجرّد اقراره، وان حكم بلحوق نسبه به ظاهراً، اذ الاصل الحرية والاسلام، لأنّه لقيط داره، اذ حكمه بالدار حكم باسلامه وحرّيته، ولهذا لو بلغ وعقل وأسلم وأنكر بنوّته، لابدّ من البينة على الظاهر.

وقال في الدروس: في ثبوت كفر اللقيط الملحق بالكافر مع البيّنة او الاقرار أوجه، ثالثها قول المبسوط ثبوت كفره مع البيّنة، لامجرّد الدعوى، لانّ البيّنة اقوى من تبعيّة الدار، وفي الالحاق مع عدم القول بالكفر إشكال، وينبغي ترجيح المسلم، فتأمّل، وكذا في الالحاق بالكافر ـ مع عدم القول بالرّق ـ اشكال، وقالوا ايضاً لو ادّعت امرأة ذلك لم يسمع، ان وجدت تلك الشرائط.

ولعل الفارق هو النصّ او الاجماع، فتأمّل، فان القبول من الأب دون الأمّ غير ظاهر، بل معرفة الأمّ أظهر، فاقرارها أقرب الى القبول.

والظاهر انّ الأمّ مؤاخذة باقرارها، يعني يحكم عليها بمقتضى اقرارها فيما يضرّها، وأمّا اثبات النّسب فموقوف على البيّنة، او تصديق اللقيط بعد قابليّة له.

قال في القواعد: الأقرب افتقار الأم الى البيّنة أو التصديق بعد بلوغه.

ويصدّق الملتقط في دعوى قدر الانفاق بالمعروف، وان كان له مال.

قال في الشرح: وجه القرب عموم، البينة على المدّعي(١) خرج منه الأب بالاجماع، فبقي ماعداه على الاصل.

ويفهم انّ الدليل، هو الاجماع، وأنّه لا اعتبار لتكذيب اللقيط لو بلغ، والظاهر عدم الفرق بين الابن والبنت.

قوله: ويصدّق الملتقط الخ. أي يصدّق الملتقط في دعوى انفاق مال اللقيط عليه، اذا كان قدر الانفاق، لم يخرج عن المعروف، بل يكون معروفاً، (أي-خ) على وجه يقتضيه عرف ذلك البلد، وتعارف الانفاق عليه، ولم يكن زائداً ذلك المقدار على مثل ذلك الولد، في مثل ذلك الزمان والمكان.

وكذا ان كان الانفاق من ماله في صورة الرجوع، وكذا لو كان قرضاً وكأنّ المصنّف اشار بقوله: (وان كان له مال) الى دفع توهم ان يبعد ان ينفق من ماله مع وجود مال اللقيط، فلا يسمع انفاقه.

ودليله أنّه أمين، وأنّه يحتاج الى النفقة، ولابدّ له منها، ومع ذلك قوله ليس بخارج عن العرف، فيقبل مثل قبول قول الوصي في الانفاق على الطفل ونحوه.

وفي القواعد وغيره، وان كان موسراً يرجع عليه، والّا فلا.

ودليله رواية المثنى في الفقيه -في الباب المتقدم- عن أبي عبدالله عليه السّلام، قال: ان طلب الذي ربّاه بنفقته، وكان موسراً ردّ عليه، وان لم يكن موسراً كان ماانفق عليه صدقة(٢) وصحّته غير ظاهرة.

---

(١) راجع الوسائل الباب٣ من ابواب كيفية الحكم من كتاب القضاء ج١٨ ص١٧٠.

(٢) الوسائل الباب ٢٢ من كتاب اللقطة الرواية٢ وفي الوسائل عن مثنى عن حاتم بن اسماعيل المدائني، وصدر الرواية هكذا: قال المنبوذ حرّ فان احبّ ان يوالي غير الذي ربّاه والاه، فان طلب منه الخ. ورواها في الفقيه في باب ماجاء في ولد الزنا واللقيط ج٣ ص٨٦ الحديث٥.

ولو تشاح ملتقطاه اقرع، وان كان احدهما معسراً.

ومثله رواه في باب الحيوان في التهذيب، عن قاسم بن اسماعيل(١).

قوله: ولو تشاحّ ملتقطاه الخ. يعني لو التقط صبياً اثنان معاً دفعة واحدة، بحيث صار كل منهما ملتقطاً، فان رضى احدهما بحضانة الآخر وتربيته له، فالظاهر أنّه يجوز ذلك.

وان تشاحّا وتنازعاً، وكلّ اراد ذلك، اقرع بينهما، لانّهما متساويان ولا رجحان، ولكلّ حق، والتقسيم والتناوب (والتاديب-خ) يضرّ بحال الطفل، اذ قد يتألّم بمفارقة احدهما بعد كونه معه مدة، ونحو ذلك من الضرر، مثل اختلاف الأغذيه والأطعمة، والأهوية، والمكان، والأخلاق، فليس الّا القرعة، ولا رجحان لغناء احدهما على الآخر، لأنّه حقّ ثابت له، اذ ليس الغناء شرطاً في الالتقاط.

ويحتمل الرجحان به، اذ حصول النفقة له عند الغناء ورفاهيّة حاله أسهل.

وايضاً قد يشتغل الفقيرعنه بتحصيل القوت.

هذا مع تساويهما في باقي الصفات، -من الضبط والشفقة وعدم المضايقة في الانفاق- غير بعيد، واختاره بعض الاصحاب، نقله في التذكرة.

ورجّح بعض ايضاً القروي على البدويّ، وكذا البلدي عليهما، وكذا قدم بعض من ظهرت عدالته بالاختبار على المستور.

هذا مع اشتراط العدالة والاكتفاء بالمستور كما اختاره في التذكرة، ينبغي ان يجعل سبباً للتقديم.

وقال في التذكرة: الحرّ مقدّم على العبد والمكاتب، وان كان التقاطه باذن السيد، لأنّ العبد في نفسه ناقص، وليست يد المكاتب يد السيد، ونقل عن بعض

---

(١) التهذيب في باب ابتياع الحيوان عن مثنى عن حاتم بن اسماعيل ج٧ من طبع النجف ص٧٨.

ولو تداعيا بنوّته حكم بالبينة، فان فقدت فالقرعة، ولا ترجيح لید الملتقط.

الشافعيّة، تقديم المسلم على الكافر، مع كون اللقيط محكوماً بكفره، ليعلّمه دينه فيحصل له سعادة الدنيا والآخرة، وينجو من الرقية والصّغار، ويتخلّص من النّار، وهذا اولى من الترجيح باليسار(١)، وقال: ولابأس به عندى، وهو جيّد جدّاً.

ونقل عدم الرّجحان بالذكورة والأنوثة، سواء كان اللقيط ذكراً أو انثى.

وليس ببعيد تقديم الأنثى للأنثى، لأنّها أولى لتربيتها، بل مطلقا، لأنّها أشفق وألصق بالحضانة ان كان صغيراً.

وقال ايضاً: ولوخرج (اخرج-خ) القرعة لاحدهما، ليس له تركه والاخلاد الى الآخر، لأنّ الحق تعيّن عليه،فصار كالمنفرد، ونقل عن الشافعية أنّه ليس له ان يترك القرعة، ويخلد الى الآخر، ويجعل الامر الى الحاكم، حتى يجعل له اميناً، او يقرع بينها، وقيل: يقرع بينه وبين صاحبه، فان خرجت القرعة باسمه، الزمه الحاكم، وقيل يكتفي بالآخر.

والالزام ليس ببعيد، اذ هو حقّ عليه لزمه، فالخروج عنه باشتهاء نفسه بعيد فتأمّل.

قوله: ولو تداعيا بنوّته الخ. قد مرّت الاشارة الى أنّه لو ادعيا بنوّة لقيط حكم للبينة، فان لم تكن اصلاً، او كانت لهما فالحاكم هو القرعة، ولا ترجيح بكون احدهما ملتقطاً، فيجعل، كصاحب يد على المال يرجّح مع عدم البيّنة، ومعها يرجّح غيره، ان قلنا بترجيح الخارج، والاّ هو، لانّ المراد هنا هو النّسب، وهو لايثبت باليد، بخلاف المال قال هذا في القواعد(٢).

---

(١) يعني اذا كان احدهما موسراً والآخر معسراً.

(٢) في النسخة المطبوعة، قال: هنا كالقواعد الخ.

وفي الترجيح بالاسلام والحريّة نظر.

وفي الترجيح بكون احدهما مسلماً، وكذا بكونه حرّاً نظر لتساويهما، وعدم ثبوت كونهما مرجّحاً بنصّ ولا اجماع، ولأنّ الاسلام والحريّة سبب مرجّح واضح(١).

ويؤيّده أنّ الولد محكوم بحريته واسلامه، ان لم يكن دار كفر، لم يكن فيها مسلم يمكن حصوله منه، فيدلّ على ترجيح جانبهما، وهو ظاهر في المحكوم بهما، لأنّ حفظ الاسلام الظاهري امر مطلوب شرعاً جدّاً، فلا يبعد هنا تغليب جانبه، وكذا الحريّة، فانّه اقوى للحفظ، وأبعد عن العار، كمامرّ، ولأنّ الكافر قد يفتنه ويخرجه عن الاسلام، ويجعله كافراً، ولهذا شرط اسلام الملتقط، فينبغي حفظ ذلك، بل يجب، وان كان الولد ممّن يحكم بكفره ايضاً، ولانّ الظاهر حينئذٍ يلزم الحكم يكفر الولد، اذ يبعد كونه ابناً للكافر مع عدم كونه بحكمه، وكذا الكلام في الرقّية، بل ينبغي عدم النزّاع فيما اذا حكم باسلامه، واشتراط الاسلام في الملتقط مطلقا، والعدالة كالمصنف، فلا ينبغي النظر، هذا.

ويبعد من الشيخ علّي أنّه ذهب الى اشتراط الاسلام في قيود الكتاب، وان لم يكن الولد ممّن حكم باسلامه، بل بكفره لئلا يكفره، مع انّ ظاهر التذكرة، وشرح الشهيد للمتن انّما الخلاف في اللقيط المسلم، فانّه يجوز للكافر اخذ الكافر، فتأمّل.

وقال: ولا ترجيح بالاسلام في القيود على الكتاب، وقال في شرح القواعد: والظاهر عدم الترجيح سواء كان الالتقاط في دارالاسلام او دارالكفر.

ولكن الظاهر مااختاره فى شرح القواعد (٢) مذهبه في لقيط الكافر،

---

(١) يعنى ولأنّ كون الاسلام والحرية ـ سبباً مرّجحاً ـ واضح.

(٢) قال في شرح القواعد هكذا قوله (أي المصنّف): ولايصح التقاط الكافر للمسلم ويصح لمثله، امّا الاوّل فلانّه يمتنع ثبوت سبيل الكافر على المسلم ولأنّه لايؤمن من ان يفتنه عن دينه فان التقطة لم يقرّ في يده وامّا ←

ويملك آخذ البعير اذا ترك من جهد في غير كلاء وماء، ولاضمان.

حيث قال: وأمّا الثاني أي صحة التقاط الكافر لمثله اشتراط اسلام الملتقط.

فلقوله تعالى: والذين كفروا بعضهم اولياء بعض(١) فيكون هذا مستثنى من اشتراط العدالة عند المصنف.

وفيه اشارة الى مذهبه، ولا صراحة في هذه الآية، لأنّ سوقها أن الكفّار بعضهم يحبّ البعض، لا أنه وليّه الشرعي، فتأمّل.

قوله: ويملك آخذ البعير الخ. أي يملك آخذ البعير، اذا ترك من جهد ومشقّة، في غير كلاء ولا ماء، وكذا اذا كان مريضاً، ولاضمان (عليه ـ خ) أي ليس عليه عوض، ان جاء صاحبه، فرّط او لم يفرّط، فليس مثل لقط الاموال يملكه ويضمنه لصاحبه، ولكن ان كان العين باقية، فيمكن ان يكون للمالك اخذها اذ خروجها عن ملكه الذي كان ـ ودخولها في ملك الآخذ دخولاً لازماً ـ غير ظاهر، والاصل عدمه، فيحكم الاستصحاب بجواز الأخذ منه، ان كانت باقيه، ويكون مثل الهبة الغير اللازمة، ولا يكون حينئذٍ للآخذ على المالك اجرة وعوض لماتعب وانفق عليه، لأنّه متبرّع قاصد نفعه.

ويؤيّد الرّجوع الى العين ايضاً، أنه يرجع في اللقطة، كما سيجيء، وعموم رواية عبدالله بن حماد، عن أبي جعفر عليه السّلام، قال: من وجد شيئاً فهو له فليتمتع به حتى يأتي (ياتية ـ ئل) طالبه، فاذا جاء طالبه ردّه اليه(٢).

فهي عامّة في جميع مايجد، والبعير منه، ولكن الرواية غير صحيحة ولا

الثاني فلقوله تعالى: والذين كفروا بعضهم اولياء بعض، الى آخر مانقله.

(١) الانفال: ٧٢.

(٢) الوسائل الباب ٤ من كتاب اللقطة الرواية٢ وفيه كما في الكافي ايضاً، عن عبدالله بن حمّاد، عن أبي بصير، عن أبي جعفر عليه السّلام.

....

صريحة، وغيرها ايضاً.

ولكن في الضّالة بعد التعريف مثل صحيحة علي بن جعفر عليهما السّلام(١) وليس البعير منها.

ويحتمل ان يملكها بحيث لارجوع له اصلاً، اختاره في الدروس.

لعلّ دليله الاعراض والخروج عن ملكه، ودخوله ثانياً يحتاج الى دليل، لعلّه لانزاع في خروجه.

وصحيحة عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السّلام، قال: من اصاب مالاً او بعيراً في فلات من الأرض، قد كلّت، وقامت، وسيّبها صاحبها مالم (ممّا ـ كا) لم يتبعه، فاخذها غيره، واقام عليها، وانفق نفقة، حتى أحياها من الكلال ومن الموت، فهي له، ولا سبيل له عليها، وانّما هي مثل الشيء المباح(٢).

وهذه كالصريحة في المطلوب، فافهم.

وما في رواية السكوني المتقدمة، وان كان تركها في خوف وعلى غير ماء وكلاء فهي لمن اصابها(٣).

وما في رواية مسمع المتقدمة، عن أبي عبدالله عليه السّلام، قال: انّ امير المؤمنين عليه السّلام كان يقول في الدابّة اذا سرحها اهلها او عجزوا عن علفها او نفقتها، فهي للذي أحياها (اصابها ـ خ)(٤).

وأيضاً عنه عليه السّلام قضى اميرالمؤمنين عليه السّلام في رجل ترك دابّته، فقال: ان كان تركها في كلاء وماء وأمن فهي له يأخذها متى شاء، وان تركها في

(١) الوسائل الباب ٢٠ من كتاب اللقطة حديث٢ ج١٧ص ٣٧٠.

(٢) الوسائل الباب١٣ من كتاب اللقطة الرواية٢.

(٣) الوسائل الباب ١٣ من كتاب اللقطة الرواية٤.

(٤) الوسائل الباب ١٣ من كتاب اللقطة الرواية٣.

....

غير كلاء وماء، فهي للذي احياها(١).

وهذه هي ادلّة اصل الحكم، فمن قال بالاصل ينبغي ان يقول به ويبطل بها حكم الاستصحاب.

والرواية المتقدّمة(٢) غير صحيحه ولا صريحة، فلا يمكن تأويلها بمثلها، بان يقال المراد به مالم يجيء صاحبها وطالبها(٣) ـ حيث قيّد في الرواية الأولى، اذ قوله: لاسبيل له عليها، وهوكالشيء المباح ـ كالصريحة في ان ليس له المطالبة(٤)، فلا يمكن تقييدها به.

ويمكن العكس، بان يكون المراد فيها غير البعير الذي احياه الآخذ من الموت، وسيبها مالكها، جمعاً بين الادلّه، وهو اولى، وهو ظاهر.

ولأنّه تعب، فلا يعقل اخلائه له، ثم تكليفه بالاعطاء مجّاناً، وهو خلاف حكمة الواجب.

وبالجملة الظاهر العمل بمضمون الرواية الصحيحة في الكافي والتهذيب(٥).

ولعلّ المراد بالمال فيها دابّة أخرى غير البعير لامطلق المال بقرينة (قد كلّت الخ) ووجود الدابّة في الاخيرتين وعدم ظهور دليل في مطلق الأموال، بل ظهور دليل خلافه.

---

(١) الوسائل الباب ١٣ من كتاب اللقطة ذيل الرواية ٣.

(٢) الظاهر انّ المراد بها رواية عبدالله بن حماد المتقدمة.

(٣) في النسختين المخطوطتين: بان يقال المراد مالم يجئ صاحبها وطالبها، وفي النسخة المطبوعة، بان يقال المراد بما لم يجئ صاحبها وطالبها.

(٤) في نسخة مخطوطة، كالصريحة فان ليس له المطالبة، والصواب ماأثبتناه.

(٥) المراد بها رواية عبدالله بن سنان المتقدمة.

ويتخيّر آخذ الشاة من الفلاة، بين تملكها، والضمان، وبين الابقاء امانة، أوالدفع الى الحاكم، ليبيعها لصاحبها، اويحفظها، ولاضمان

قيل وانّ الضابط الاعراض على وجه لايريد عدم العود، وكونها بحيث لولم يأخذها الآخذ تموت فأحياها من الموت، سواء كان لعجزها عن نفقتها كما يدل عليه رواية السكوني المتقدّمة(١) اوتبعها اوعدم تبعيتها للمالك، وسواء خلاها في الماء فقط دون الكلاء او بالعكس، او مع عدمهما (عدمها ـ خ) بل فيهما بحيث لا تقدر على الانتفاع بها بنفسها لمرضها وتعبها، وان كان ظاهر روايتي السكوني ومسمع عنه عليه السّلام، أنّه لابدّ لجواز اخذه من عدمهما.

وفي شرح القواعد: أنّ قول اميرالمؤمنين عليه السّلام ـ أنّه ان تركها في غير كلاء ولا ماء فهي للذي احياها(٢) ـ انّ المتروكة في كلاء ولا ماء هناك وبالعكس، تؤخذ لانتفاء الامرين، ولأنّها لا تعيش بدون الماء وضعفها يمنعها من الوصول اليه، وفيه تأمّل لايخفى.

واستشكل في القواعد ردّ العين مع الطلب، فهوظاهر في عدم الاشكال في عدم الرّد مع التلف مطلقا، ومع عدم الطلب.

ولا شكّ أنّه أي ترك الطلب لصاحب المال أحوط وأولى، وان كان الاحتياط للآخذ ردّه عليه او تملكه باذنه صريحاً فتأمّل.

قوله: ويتخيّر آخذ الشاة من الفلاة الخ. دليل جواز اخذ الشاة أنّها لقطة، فتدخل تحت ادلة جواز اخذها.

وقد يفهم الاجماع من التذكرة عليه، قال ولو وجد شاة في فلاة او مهلكة كان له اخذها عند علمائنا، ويدلّ عليه وعلى التملك ايضاً الروايات المتقدمة مثل صحيحة معوية بن عمّار، عن أبي عبدالله عليه السّلام، قال: سأل رجل رسول الله

(١) تقدم ذكرها آنفاً.

(٢) تقدم في رواية مسمع.

....

صلّى الله عليه وآله عن الشاة الضالّة بالفلاة؟ فقال للسائل: هي لك اولاخيك اوللذئب(١).

ومثلها صحيحة الحلبي(٢) وظاهرهما التملّك من غير ضمان وعوض.

ومثلها حسنة هشام بن سالم(٣).

واستشكل في القواعد والتذكرة الضمان، ويفهم عدم الضمان من الروايات الدالة على عدم الضمان في البعير، فتأمّل.

ويدلّ على وجود الضمان، على اليد مااخذت(٤) واستصحاب بقاء مال المالك على ملكه، وادلة ردّ المال الملقوط الى صاحبه، مثل من وجد شيئاً فهو له فليتمتع به حتى يأتي طالبه فاذا جاء طالبه ردّه اليه(٥) ولا ينافي ذلك مافي الروايات المتقدمة مثل قوله: (لك)(٦) لانّ معناه الانتفاع به او كونه له غير مستقرّ ولازم كسائر الاموال الملقوطة، وهذا موجود في المال الملقوط، أنّه كسبيل ماله في الصحيح من الروايات المتقدمة.

مثل صحيحة الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السّلام، في اللقطة يجدها الرّجل الفقير أهو فيها بمنزلة الغني، قال: نعم، واللقطة يجدها الرّجل ويأخذها قال: يعرّفها سنة، فان جاء لها طالب، والاّ فهي كسبيل ماله، وكان علي بن الحسين عليهما السّلام يقول لأهله: لا تمسوها(٧) وغيرها من الروايات.

---

(١) الوسائل الباب ١٣ من كتاب اللقطة الرواية٥.

(٢) الوسائل الباب ١٣ من كتاب اللقطة الرواية الأولى بالسّند الثالث.

(٣) الوسائل الباب ١٣ من كتاب اللقطة الرواية١.

(٤) عوالي اللئالي ج١ ص٣٢٤ الحديث ١٠٦ وص٣٨٩ الحديث٢٢ وج٢ ص٤٤٥ الحديث١٠ وج٣ ص٢٤٦ الحديث٢ وغيرها من الموارد الأُخر.

(٥) الوسائل الباب٤ من كتاب اللقطة الرواية٢ وهي مارواه ابي بصير عن أبي جعفر عليه السّلام.

(٦) راجع الوسائل الباب ١٣ من كتاب اللقطة الرواية ٥ ـ ٧.

(٧) الوسائل الباب ١٦ من كتاب اللقطة الرواية١ بالسند الثالث وقطعة منها في الباب٢ من ذلك ←

....

مع انهم يقولون يجب ردّها الى المالك اجماعاً.

وهذه ونحوها تدلّ على ردّ الشاة ونحوها ممّا يدل على ردّ اللقطة، فانّها المال الملقوط، فهي داخلة فيه.

مثل صحيحة محمّد بن مسلم عن احدهما عليهما السّلام، قال: سألته عن اللّقطة؟ قال: لا ترفعوها، فان ابتليت بها فعرّفها سنة، فان جاء طالبها، والّا فاجعلها في عرض مالك، يجري عليها ما يجري على مالك الى ان يجيء لها طالب(١).

وهما يدلان على المنع والكراهة من أخذ اللقطة مطلقا.

ويدلان على التعريف في الشاة ايضاً، والاخيرة تدلّ على جواز حفظ اللقطة والأمانة مثل حفظ ماله، لا ازيد، فافهم.

ويدلّ على الضمان ايضاً الروايات الكثيرة الدالة على أنّ الضالة لا يأكلها الّا الضالون مثل رواية جرّاح المدائني عن أبي عبدالله عليه السّلام قال: الضوالّ لا يأكلها الّا الضالون، اذا لم يعرفوها(٢).

ورواية وهب عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام، قال: سألته عن جعل الآبق والضالة؟ قال: لا بأس، وقال: لا يأكل من الضالة الّا الضالون(٣).

ويدل عليه ايضاً صحيحة علي بن جعفر عن اخيه موسى عليهما السّلام، قال: سألته عن اللقطة، اذا كانت جارية هل يحلّ فرجها لمن التقطها؟ قال: لا انما يحلّ له بيعها بما انفق عليها وسألته عن الرّجل يصيب درهماً او ثوباً او دابّة كيف يصنع؟ قال: يعرّفها سنة فان لم يعرّف حفظها في عرض ماله حتى يجيء طالبها

الكتاب الرواية١ وقطعة منها في الباب١ من ذلك الكتاب الرواية١.

(١) الوسائل الباب ٢ من كتاب اللقطة الرواية٣.

(٢) الوسائل الباب٢ من كتاب اللقطة الرواية٤.

(٣) الوسائل الباب١ من كتاب اللقطة الرواية٥ و ٧.

....

فيعطيها اياه، وان مات اوصى بها وهو لها ضامن(١).

وهذه تدل على بيع الملتقط الملقوط بنفسه من غير اذن الحاكم في الانفاق، وجواز حفظ الامانات مثل ماله، والضمان دائماً، بحيث تجب الوصيّة، وليس بمخصوص بمجيء صاحبه، فتأمّل.

ويمكن فهم اعطائها للمالك بالوصف والمعرفة، ولايحتاج الى الثبوت عند الحاكم وأمره، وكذا يفهم من غيرها ايضاً، فافهم.

وصحيحة صفوان الجمّال أنّه سمع اباعبدالله عليه السّلام يقول: من وجد ضالّة فلم يعرّفها، ثم وجدت عنده فانّها لربّها اومثلها من (عن-خ) مال الذي كتمها (٢).

وانت بعد التأمّل في هذه الادلّة تجد أنّها تدلّ على عدم الفرق بين الشاة وما في حكمها من صغار الابل والبقر ونحوها، وبين غيرها في وجوب التعريف، وجواز التملك، والتصرف مع الضمان.

وأنّ تخصيص الاخبار العامة التي تدلّ على أنّها للآخذ، بأنّها بعد التعريف وجواز التصرف فقط مع عدم اللزوم أولى من تخصيص العامّة الدالة على وجوب التعريف بغير الشاة، اذ قد صرّح في بعضها -الصحيحة المتقدمة- بتعريف الدابّة والضالّة وجواز الانتفاع بها بعده، فلا يمكن ان يقال: ليست الدابّة والضالة الّا الشاة في الفلاة ونحوها، اذ لا تعريف لغيرها ولايجوز أخذ غيرها على المشهور الّا البعير المملوك بدونه، عندهم.

وبالجملة عندهم لا تعريف لغيرها(٣) من الدابة والضالّة، فيمكن حمل

---

(١) الوسائل الباب٢ من كتاب اللقطة الرواية٨، وروى ذيله في الرواية١٣ من هذا الباب وفيه وان مات اوصى بها، فان اصابها شيء فهوضامن.

(٢) الوسائل الباب ١٤ من كتاب اللقطة الرواية١.

(٣) هكذا في جميع النسخ، ولعلّ الصواب لغيرها.

وكذا صغار الممتنعات.

الاخبار الكثيرة الصحيحة على ذلك، مع امكان الحكم، مشكل(١)، اذ لادليل على ذلك، فيشكل حمل مايدلّ على التعريف والضمان على غير الشاة فهذا متينٌ قويّ.

لا العكس الذي قاله في شرح القواعد، حيث قال: وليس تقييده أي قوله: (هي لك) بالتعريف أولى عن تقييد دليل التعريف بما عدا الشاة، وهذا قويّ متين(٢)، على أنّه ينبغي بما عدا الدابّة.

وأنّ مجرّد عدم الأولوية لم يصيره قويّاً ومتيناً وموجباً للفتوى، وقد افتى في الحاشية بعدم التعريف، وقربه في التذكرة ايضاً، فتأمّل.

وأمّا دليل دليل التخيير على ما اختاره المصنف والاكثر، فهو أنّه مال التقطه، وله تملكه مع الضمان، بالرواية كسائر اقسام اللقطة او تبقيته في يده امانة للمالك، فلا ضمان، للاصل، ولأنّه امين أخذ شيئاً للحفظ، للمالك، فلا يضمن، ويجوز دفعه الى الحاكم ايضاً، لأنّه نائب الغيّاب، ومنصوب للمصالح.

وقد يلتزم الاخذ فيه يد المالك، فيما لم يكن حاضراً.

ويمكن وجوب قبوله على الحاكم، كما مرّ في الوديعة، ثم الحاكم يفعل مايقتضيه رأيه واجتهاده، فان اقتضت المصلحة بيعها يبيعها ويحفظ ثمنها له، او يحفظها بنفسها، ان كانت المصلحة فيه، وعلى التقديرين لاضمان عليه ان تلف بنفسها او بثمنها للأصل، ولأنّه أخذه، بالوكالة والنيابة، والوكيل غيرضامن الّامع التفريط

ويفهم من المتن وغيره ان صغار الابل والبقر في الفلاة حكمها حكم الشاة

---

(١) هكذا في جمع النسخ ولايخفى مافي العبارة من عدم السلامة.

(٢) عبارة شرح القواعد هكذا: وهل يجب تعريف الشاة المأخوذة من الفلاة؟ قال في التذكرة: الاقرب العدم، لظاهر قوله عليه السّلام: (هي لك او لاخيك او للذئب) فان المتبادر منه تملكها بغير تعريف: وليس تقيده بالتعريف الخ.

ولو اخذ الشاة في العمران، حبسها ثلاثة ايام، فان لم يأت صاحبها، باعها، وتصدّق بالثمن.

العاجز في الفلاة، وقال في شرح القواعد: اسنده (اسندها ـ خ) في التذكرة الى علمائنا، وقال في التذكرة: ـ بعد قوله: ولو وجد شاة في الفلاة او في مهلكة كان له اخذها عند علمائنا ـ وهذا الحكم في الشاة وغيرها من صغار الانعام التي لا تمتنع من صغار السّباع، انما يثبت لو وجدها في الصحراء او في موضع ملهكة، وامّا اذا وجدها في العمران، فانّه لايجوز له التقاطها بحال الخ.

وقد نقلناه فيما تقدم ايضاً، وكأنّه فهمه من هذا الكلام، وفي الفهم تأمّل.

ثمّ على تقدير التسليم ليس بصريح في الاجماع، ولا دليل عليه سوى القياس المستنبط من قوله: (هي لك الخ) فجرّد ذلك، الحكم لايخلو عن جرئة، اذالعقل والنقل دلّا على عدم جواز التصرف في مال الغير الّا باذنه، وكأنّه لذلك توقف فيه المحقق، كما قال في الدروس: توقف المحقق فيه نظراً الى مورد النص.

قوله: ولو اخذ الشاة الخ. يفهم عدم الخلاف من التذكرة في عدم جواز الأخذ، والاصل يؤيّده، وقد تقدم البحث في ذلك ايضاً في الجملة.

وقال في التذكرة: مايوجد من الحيوان قريباً من العمران حكمه حكم الموجود في العمران، للعادة القاضية بأن الناس يشمّرون دوابّهم قريباً من عمارة البلد الخ.

وقال ايضاً: قد بيّنا أنّه لايجوز اخذ الشاة وشبهها في العمران، خلافاً لاحمد، فان اخذها لم يجز له تملكها بحال، بل يتخيّر آخذها بين الامساك لصاحبها امانة ـ وعليه نفقتها من غير رجوع بها، لتبرعه حيث اخذها في موضع المنع ـ، وبين دفعها الى الحاكم، لأنّها من المصالح، ولوتعذر الحاكم انفق ورجع بالقيمة، ولا فرق في ذلك بين الحيوان الممتنع وغيره، ولو وجد شاة في العمران حبسها ثلثة ايّام، ثمّ تصدّق بها عن صاحبها، ان لم يأت، او باعها، ويتصدق بثمنها ـ الى قوله ـ:

ولو اخذ غيرها احتفظها، وانفق عليها من غير رجوع، او دفع

والأقرب أنّه يضمن، وقد روى ابن أبي يعفور عن الصادق عليه السّلام، أنّه قال: جائني (جاء ـ يب ئل) رجل من اهل المدينة فسألني عن رجل اصاب شاة؟ قال: فأمرته ان يحبسها عنده ثلاثة ايام، ويسأل عن صاحبها، فان جاء صاحبها، والاّ باعها وتصدق بثمنها(١) الخ.

وانت تعلم أنّ الذي يقتضيه العقل والنقل الضمان على تقدير القول بعدم جواز الأخذ، فانه يصير غاصباً، فيكون حكمها حكمه.

وكأنّه اليه اشار بقوله: (والاقرب الضمان)، وان كان ماسبقه وما تأخّره يدلّ على عدمه، وهو ظاهر.

وأنّ الانفاق من ماله على تقدير الامانة غير مناسب، وكذا، التخيير على تقدير عدم الجواز غير مناسب، وكذا الرّجوع بالانفاق مع تعذّر الحاكم، فتأمّل.

والحكم المذكور في الشاة سنده الرواية المذكورة(٢) مع عدم ظهور الصحة.

بل ضعيفة لوجود محمّد بن موسى الهمداني(٣)، قيل: ضعيف، وكان يضع الحديث، ومنصور بن العبّاس الذي قيل فيه انّه مضطرب الأمر، والحسن بن علي بن الفضّال قيل فطحي، وكذا عبدالله بن بكير، وخلاف الاصل والقوانين.

وليس فيها العمران، كأنّه حملت على العمران للاجماع على عدم ذلك في غير العمران.

لكن الحكم مشهور، وعلى تقدير ثبوته فيها، لاينبغي ان يتعدى الى غيرها. وكأنّه الى ذلك اشار المصنف بقوله: (ولو أخذ غيرها الخ) لعلّ مراده أنّه

(١) الوسائل الباب ١٣ من كتاب اللقطة الرواية ٦ ج١٧ ص٣٦٥.

(٢) تقدم ذكرها آنفاً.

(٣) وسندها ـ كما في التهذيب. هكذا، محمّد بن احمد بن يحيى عن محمّد بن موسى الهمداني، عن منصور بن العباس، عن الحسن بن علي بن فضال، عن عبدالله بن بكير، عن بن أبي يعفور.

الى الحاكم، ان وجده.

ولو اخذ غير الممتنع في الفلاة، استعان بالسلطان في النفقة، فان تعذّر، انفق، ورجع مع نيّته؛ على رأي.

ان أخذ غير الشاة من امثالها في العجز عن صغار السّباع مثل صغار الابل والبقر او غيرها مطلقا في العمران، يحفظه (تحفظ ـ خ) عنده حتى يجيء مالكه، ويجب أن ينفق عليه لحرمته، لكونه ذاروح، ولايرجع الى مالكه فيه، او دفعه الى الحاكم، ان وجده، وان لم يجد المالك، ويبرأ بالتسليم اليه.

والظاهر أنّه يكون ضامناً، لأنّه اخذ مالايجوز له اخذه، وهو المناسب لقوله (بوجوب الانفاق عليه) مع عدم الرجوع، وان نوى الرّجوع، بل يمكن مع دفعه الى الحاكم ايضاً ان يكون ضامناً، حتى يصل الى يد المالك لقوله صلى الله عليه وآله: على اليد ما أخذت حتى تؤدي(١) وغيره.

ولعلّ دليل سقوط الضمان مع دفعه الى الحاكم كونه وكيل المالك (وكيلاً للمالك ـ خ)، وأنّه محسن ولا سبيل عليه(٢) وهو يدلّ على جواز الأخذ، ومع وجوب نفقة الدابّة على صاحبها يدلّ على جواز الرّجوع.

والاحسان في محلّ المنع، فانّه تصرّف في مال الغير بغير اذن (الاذن ـ خ)، وهو غصب، فيلزم بالنفقة ايضاً، وان كانت واجبة على المالك، إذقد يطعمه مالاقيمة له مثل ان يرعاه في الصّحراء من غير اجرة، وكذا كون الحاكم مطلقا وكيلاً.

قوله: ولو اخذ غير الممتنع الخ. أي ان اخذ غير الشاة ممّا لايمتنع عن صغار السّباع، مثل ولد الإبل والبقر والحمار والبغل ونحوها.

---

(١) عوالي اللئالي: ج١ ص٣٢٤ ح١٠٦ وص٣٨٩ ح٢٢.

(٢) اشارة إلى قوله تعالى: ما على المحسنين من سبيل ـ التوبة ٩١.

....

هذا هو الظاهر، ولكن يجب ان يراد منه غير صغار(١) المتمنعات، لأنّه قد مرّ أنّ حكمها حكم الشاة في الفلاة سواء كان في كلاء و ماء ام لا، والفرق بينه وبين ماتقدمه ـ بأنه هناك اخذها في العمران وما في حكمه من القرب وهنا اخذها في الفلاة ـ غير ظاهر.

وظاهر القوانين وكلامهم عدم جواز الاخذ هنا ايضاً، لما مرّ، الّا أنّ الأخذ هنا أولى، لأنّه في معرض التلف، فالآخذ محسن لا سبيل عليه، فلا يكون ضامناً، بل يحفظ عنده أمانة، ويستعين بالحاكم للانفاق، فيعطيه من بيت المال، لانّه من المصالح والّا ينفق عليها (عليه ـ خ) ويرجع مع قصده.

ينبغي باذن الحاكم، بل في الحفظ ايضاً، ولكن يجرى فيه ماتقدم خصوصاً اذا قالوا بعدم الجواز، فلا احسان حينئذٍ، فيكون ضامناً، وغاصباً، وينفق ولايرجع.

واعلم أنّ الفرق بين صغارالمتمنعات(٢) وغير المتمنع ـ حيث جعل حكم الاوّل في الفلاة حكم الشاة دون الثاني ـ غيرظاهر، وكذا الاستعانة بالحاكم، فانّ الانفاق لملك مالك لايستعان له بالحكم، بل يستقرض عليه او يبيعه فيه او يعطي من عنده مع الرّجوع، ان كان أميناً، والّا ينفق من ماله، ولا (٣) يرجع، وايضاً فان لم يكن حكم غيرالمتمنع في الفلاة حكم الشاة، لايجوز اخذه، لعدم الدليل، وبالجملة هذا المتن مشكل، فتأمّل ولهذا، هذا القسم الثالث غير موجود في العبارات، بل جعل فيها حكم غير المتمنع مطلقا حكم الشاة، لما مرّ، وهذا من خصائص الكتاب.

---

(١) في النسختين صغار المتمنعات (من غير لفظة غير).

(٢) حيث قال قدّس سرّه: وكذا صغار المتمنعات.

(٣) في النسختين المخطوطتين: والّا فيرجع، والصّواب ماأثبتناه.

وكذا ينفق على العبد، لو التقطه.

ولو انتفع باللبن او الظهر او الخدمة قاصّ، على رأي.

قوله: وكذا ينفق عل العبد الخ. قد مرّ ايضاً أنه يجوز بل يجب التقاط العبد الصّغير الغير المميّز الذي لايستقل بحفظ نفسه، فان عرف مالكه يسلّمه اليه، ولا يكون ضامناً حينئذٍ الّا مع التفريط والافراط، لأنّه محسن، بل حينئذٍ ليس من الالتقاط، والّا يحفظه عنده امانة ايضاً، كسائر الاموال الملقوطة ايضاً، وينفق عليه، اذ نفقته تجب على مالكه، فيستقرض عليه، او ينفق من نفسه، ويرجع عليه، وقد مرّ دليله ايضاً.

قال في التذكرة:ولو وجد مملوكاً بالغاً او مراهقاً لم يجز له اخذه، لأنّه كالضالة الممتنعة من دفع الموذيات عنه، ولو كان صغيراً كان له أخذه لأنّه في معرض التلف، والمال اذا كان بهذه الحال جاز اخذه، وهو نوع منه، واذا اخذ عبداً صغيراً للحفظ لم يدفع الى مدعيه، ولا يكفي الشهادة على شهود الاصل بالوصف، لاحتمال الشركة في الاوصاف، بل يجب احضار شهود الاصل، ليشهدوا بالعين، وان تعذّر لم يجب نقل العبد الى بلدهم، ولا بيعه على من يحمله، ولو رأى الحاكم ذلك صلاحاً جاز، ولو تلف قبل الوصول او بعده، ولم يثبت دعواه ضمن المدّعي قيمة العبد والأجرة.

قوله: ولو انتفع باللّبن الخ. يعني لو انتفع بلبن الحيوان المأخوذ في موضع جواز اخذه -ويمكن الاعمّ فشربه او باعه وأكل ثمنه او بظهره بان يركبه (ركبه-خ)، ويمكن اجارته لذلك وأخذ الاجرة. او لخدمته بان يستخدمه- قاصّه، يعني ينظر الى مقدار النفقة واجرة الخدمة والركوب وثمن اللّبن، فان تساويا، والّا فان كان عنده زائداً يعطيه مالكه، وناقصاً يأخذه من صاحبه، هذا هو مقتضى القوانين، لأنّ كلّ حقّ عند آخر، فيجوز ان يتقاصّا، كسائر الحقوق.

ونقل عن الشيخ أنّه قال: اللّبن والظهر والخدمة لمن انفق مطلقاً من غير مقاصّة، يكون

....

ذلك بازاء النفقة.

ولعله حمل على الرّهن، اذ اختياره فيه ذلك تعويلاً على رواية السكوني، عن جعفر، عن أبيه عن آبائه، عن علي عليهم السّلام، قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وآله: الظهر يركب اذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركبه نفقته والدّر يشرب (ويشرب الدّر ـ ففيه) اذا كان مرهوناً، وعلى الذي يشرب نفقته(١).

فان كان التعويل على هذا فهو ضعيف، بمنع الالحاق اوّلا، ويضعف سند الملحق به ثانياً، وعدم دلالة الرواية ثالثاً، قلت: لا دلالة فيه على الخدمة.

ولعلّ تعويله في الرّهن على غيرها، مثل صحيحة أبي ولّاد، قال: سألت اباعبدالله عليه السّلام، عن الرّجل يأخذ الدابّة والبعير رهنا بماله أله ان يركبه؟ فقال: ان كان يعلفها فله ان يركبها وان كان الذي رهنه عنده يعلفها، فليس له يركبها(٢).

وفيما نحن فيه بمثل صحيحة ابن محبوب، قال: سألت اباعبدالله عليه السّلام عن اللقيطة؟ فقال: لا تباع ولا تشترى، ولكن تستخدمها بما انفقت عليها(٣).

ولكن خلاف القوانين والرّواية قاصرة، اذ لادلالة فيها على كل ماقاله، وليست بصريحة في عدم المقاصّة ايضاً، بل يدلّ على جواز الاستخدام بالانفاق.

ويحتمل مع ذلك الرّجوع بالزيادة والرّد في النقيصة.

وظاهرهم أنّه يجوز ذلك الانتفاع مع التقاص، من غير اذن الحاكم ايضاً، وهو ظاهر الرواية في الاستخدام بالنفقة، ويمكن غيره ايضاً، فتأمّل واحتط.

---

(١) الوسائل الباب ١٢ من كتاب الرهن الرواية٢.

(٢) الوسائل الباب ١٢ من كتاب الرهن الرواية١.

(٣) الوسائل الباب ٢٢ كتاب اللقطة الرواية٤ وفيه، عن ابن محبوب، عن محمّد بن أحمد، قال: سألت اباعبدالله عليه السّلام الخ.

ولقطة غير الحرم ان كانت دون الدّرهم يملكها الواجد، والاّ وجب تعريفها سنة.

وله ان يعرّف بنفسه، وبغيره، فان جاء صاحبها (فله-خ) و الاّ تخيّر بين الملك، والضمان، وبين الصدقة، والضمان، وبين الابقاء امانة، ولاضمان.

قوله: ولقطة غير الحرم الخ. اشارة الى احكام لقطة الاموال غير الانسان والحيوان.

قال في التذكرة: وهو كل مال ضائع اخذ، ولايد لأحد عليه، لعلّ المراد غيرهما لأنّه المتبادر، فكأنّ المال الضّايع صار اصطلاحاً في ذلك، كما يقولون وجدت لقطة(١)، مايريدون الاّ ذلك، قال: ان كان في الحرم لم يجز تملكه عند احد من علمائنا اجمع، وفي جواز التقاطها قولان، ولاخلاف في الكراهة الشاملة للتحريم لعلّ المراد المال الكثير أي الدرهم ومافوقه، اذيوجدمن قال بتملك القليل.

ولهذا قال في التذكرة في موضع آخر: الأقرب عدم الفرق في تحريم التملك بين القليل والكثير.

ونقل في شرح الشرايع عن التحرير تجويزه تملك القليل،بل يوجد من قال يتملّك الكثير ايضاً، مثل أبي الصّلاح نقله في شرح الشرايع لعلّه ما اعتبر خلافه في شرح الشرايع، فتملك لقطة الحرم التي هي غير الانسان، والحيوان حرام على المشهور بالعقل والنقل الدالين على عدم تملك مال الغير الاّ برضاه.

وأمّا اخذها لحفظها للمالك، فقيل مكروه، ودليلها عموم ادلة كراهة مطلق اللّقطة، وقد مرّت وسيجيء ايضاً.

وخصوصاً(٢) رواية أبي بصير،عن علي بن أبي حمزة، عن العبد الصالح موسى

---

(١) في النسختين المخطوطين: وجدت ولقطت.

(٢) في النسخة المطبوعة، خصوصاً بدون (واو) ولعلّ الصواب وخصوص رواية الخ.

....

بن جعفر عليهما السّلام قال: سألته عن رجل وجد ديناراً في الحرم، فأخذه؟ فقال: بئس ماصنع، ماكان ينبغي له أن يأخذه، فقلت (قال: قلت ـ خ) قد ابتلى بذلك، قال: يعرفه، قلت: فانّه قد عرفه فلم يجد له باغياً قال: يرجع به الى بلده، فيتصدق به على اهل بيت من المسلمين، فان جاء طالبه فهو له ضامن(١).

ظاهرها الكراهة للقطة (ينبغي) فيحمل عليها (بئس ماصنع) للاصل.

ولعدم الصحة لوجود وهيب بن حفص المشترك (٢) بين له من كتاب وبين من وقف وهذا في باب لقطة التهذيب ووجود ابن جبله في باب زيادات حج التهذيب(٣) وعلي بن أبي حمزة، كأنه الواقفي الضعيف جدّاً، لأنّه البطائني، لنقل أبي بصير عنه، فان البطائني هوقائده، ولكونه من رجال أبي الحسن عليه السّلام.

وفيها دلالة على التعريف في لقطة الحرم ايضاً في الجملة، وفي أي موضع كان كاف، وأنّه لووجد طالباً، لأعطى من غير اذن الحاكم، وثبوته عنده، بل ثبوته عنده كاف، فافهم.

وعلى تصدقه من غيركونه فوريا بعدرجوعه الى بلده وعلى اهل بيت من المسلمين.

وعلى الضمّان بعد التصدق.

والظاهر التحريم، لأنّه تصرّف في مال الغير بغير اذنه، وهو منفي عقلاً ونقلاً وشرعاً كتاباً وسنة(٤) واجماعاًولوجود (لا تمسّ) و (بئس) و (لا ترفع) في

---

(١) الوسائل الباب ١٧ من كتاب اللقطة الرواية٢.

(٢) سندها ـ كما في التهذيب ـ هكذا: الصفّار، عن محمّد بن الحسين بن الخطاب، عن وهيب بن حفص، عن أبي بصير، عن علي بن أبي حمزة عن العبد الصالح موسى بن جعفر عليهما السّلام.

(٣) اورد هذه الرواية في الوسائل في الباب ٢٨ من ابواب مقدمات الطواف الرواية٣، وسندها هكذا: موسى بن القاسم، عن ابن جبلة، عن علي بن أبي حمزة، عن العبد الصالح عليه السّلام.

(٤) اشارة الى قوله تعالى: ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل. النساء ٢٩ والسّنة: لايحلّ مال امرء مسلم بغير اذنه.

....

الاخبار(١).

وقال في الدروس: والكراهية قوية اذا بلغت درهماً، ولو نقصت عنه حلّ تناولها، وملكت كما تملك في الحلّ على الاقرب.

لعل ما اعتبر اجماع التذكرة ونظر الى عموم رواية جواز تملك الأقل، وهي ماروواه محمّد بن أبي حمزة (الثقة في الحسن) عن بعض اصحابنا، عن أبي عبدالله عليه السّلام: قال: سألته عن اللقطة؟ قال: تعرّف سنة قليلاً كان او كثيراً، وما كان دون الدرهم فلا تعرف (يعرّف ـ خ)(٢).

على انّ هذه غير صحيحة كما ترى ولا صريحة في التملك، بل وعدم التعريف فقط، وخلاف العقل والنقل، وخلاف عموم ادلّة المنع والكراهة، فانّه غير مقيّد بالقلّة والكثرة، مع مخالفتها لنقل اجماع التذكرة، على الظاهر، فتأمّل.

وبالجملة كلام الدروس غير ظاهر، لأنّه ان اعتبر الشهرة والاجماع المنقول لا الدليل، ينبغي ان يقول بعدم تملك لقطة الحرم، بل تحريمها ايضاً، فانّه المشهور، قاله في شرح القواعد، والاّ ينبغي (فينبغي ـ خ ل) أن لا يقول بجواز تملك القليل في غير الحرم ايضاً وعدم تعريفه، اذ ليس له غير الشهرة، والاجماع دليل واضح.

الاّ ان يقال: انّما الاجماع في الدرهم وما (فما ـ خ ل) فوق في الحرم لا فيما دون وعليه تحمل عبارة التذكرة، لأنّه قال في موضع آخر: الأقرب أنّه لافرق بين لقطة الحرم فيمادون الدّرهم، كما في الزائد عليه، لحرمة الحرم الشاملة للقليل والكثير، وبالجملة الخلاف موجود،، بل من العلامة حيث نقل عنه أنه في التحرير جوّز تملك القليل وتردد في تحريم لقطة الكثير، فتأمّل.

---

(١) راجع الوسائل الباب١ من كتاب اللقطة والباب٢ منه الرواية٣ و١٠.

(٢) الوسائل الباب ٤ من كتاب اللقطة الرواية١.

....

فأخذ عوض العين بناء على أن ليس له الاّ العوض أو أخذ عوضه بالتراضي ضمن للثاني ايضاً العوض، اذا ادّعى واثبت كونه له بالبينة، مع حكم الحاكم على كل حال، سواء كان مع بينة الاوّل حكم الحاكم ام لا، والفرق انه حينئذٍ اعطاء الاول مال نفسه، لانّ الذي ثبت في ذمته أمر كلّي انّما يتعين اذا وصل الى صاحبه، وما علم كون الاوّل هو الصاحب، اذ قد يكون للثاني، لعدم الرجحان.

نعم لو كان له بينة راجحة لم يضمن، وأمّا رجوعه الى الاوّل فهو غير ظاهر، الاّ ان يقيّد بكون بيّنة الثاني راجحة، وهو ظاهر، فتأمّل.

أعلم أنّه قد مرّ في كثير من الأخبار مايدّل على عدم التعريف، مثل ـ ما في الصحيح ـ عن اسحق بن عمّار ـ بعد سؤال اهل المنزل قال له الامام عليه السّلام ـ تصدق بها(١).

وموثّقة زرارة ـ لابن بكير ـ قال الصادق عليه السّلام: هذا ممّا جاء به السيل وأنا أريد ان اتّصدّق به(٢).

وفيها دلالة على جواز التأخير في التصدق.

وصحيحة البزنطي ـ في الطير الذي قبضه اذا عرف صاحبه يردّه عليه ـ وان لم يكن يعرفه وملك جناحه فهو له، وان جائك طالب لاتهتمه، ردّه عليه(٣).

وهذه تدل على جواز الرّد اذا لم يكن الطالب متهّماً.

وفي رواية يونس بن عبدالرّحمن ولا يعرف بلد صاحبه، قال له

---

(١) الوسائل الباب ٥ من كتاب اللقطة الرواية٣.

(٢) الوسائل الباب ٧ من كتاب اللقطة الرواية٣ وسندها ـ كما في التهذيب ـ هكذا: الحسين بن سعيد، عن فضالة بن ايوب، عن ابن بكير عن زرارة.

(٣) الوسائل الباب ١٥ من كتاب اللقطة الرواية١.

....

عليه السّلام، فاباحه له.

ويؤيد هذا ماقال في الفقيه، وروى الجمّال، عن داود بن ابي يزيد، عن ابي عبدالله عليه السّلام، قال: قال له رجل: اني قد اصبت مالاً واني قد خفت فيه على نفسي، فلو اصبت صاحبه دفعته اليه وتخلّصت منه، قال: فقال له ابوعبدالله عليه السّلام: والله أن لو أصبته كنت تدفعه اليه؟ قال: أي والله، قال: فانا والله، ماله صاحب غيري، قال: فاستحلفه ان يدفعه الى من يامره، قال: فحلف فقال: تذهب تقسمه في اخوانك ولك الأمن ممّا خفت. منه.

قال: فقسمته بين اخواني(١).

وبالجملة هو ولي الكلّ يعمل مايريد ويعرف، فتامّل.

وبأنّها قضيّة في واقعة لا تتعدى، اذ قد يعرف عليه السّلام كونها مما هو حلال للآخذ بوجه.

وفيها ايضاً دلالة على أنه يكفي التعريف في الجملة، فقد ظهر ممّا سبق دليل تحريم لقطة الحرم مطلقا، خصوصاً الكثير، وسيجيء ايضاً في غير الحرم.

وامّا دليل جواز اخذ مادون الدرّهم وتملكّه في الحال في غير الحرم من غير تعريف، فالعمدة فيه الاجماع وسنده الرواية المتقدمة(٢).

قال في التذكرة: لقطة غير الحرم ان كانت قليلة جاز تملكها في الحال، ولا يجب تعريفها، ولانعلم فيه خلافاً بين اهل العلم في اباحة اخذ القليل والانتفاع به من غير تعريف.

ثم قال: وقد اختلف في حدّ القليل الذي لايجب تعريفه، فالذي عليه

---

(١) الوسائل الباب ٧ من كتاب اللقطة الرواية١.

(٢) الوسائل الباب ٤ من كتاب اللقطة الرواية١.

....

علمائنا أنّه مانقص عن الدرهم، فهذا لايجب تعريفه، ويجوز تملكه في الحال، عند علمائنا أجمع.

فان ثبت ذلك والّا فالرواية مرسلة، وفي العقل والنقل مايدلّ على عدم التملك، وعموم الاخبار الصحيحة(١) يقتضي المنع، والتعريف بعد الأخذ والابتلاء، كمامرّ، وسيجيء ايضاً، فلا شك انّ عدم الأخذ أولى، ثمّ التعريف، فتأمّل.

ثمّ ذكر فروعاً، الاوّل، لوتملك، مادون الدّرهم، ثم وجد صاحبه، فالأقرب وجوب دفعه اليه، لاصالة بقاء ملك صاحبه عليه، وتجويز التصرف للملتقط لاينافي وجوب ردّه.

وهذا يشعر بعدم تملكه، بل جواز التصرف فقط، لعله يريد به عدم اللّزوم، والّا فكلامه صريح في الملك، كمامرّ، حيث قال: يجوز تملكه في الحال عند علمائنا أجمع، ويؤيّده جواز التصرف الذي لايكون الّا لذلك، ووجوب الدفع غير بعيد، اذ لادليل على التملّك الّا الاجماع، وذلك في كونه لازماً ـ بحيث لايجوز لمالكه الرّجوع ـ غير ظاهر، والاصل عدمه، وجواز المالك التصرف في ماله(٢). وعدم التصرف في مال شخص الّا بطيب نفسه منه، هذا مع بقاء العين.

وأمّا مع التلّف فظاهرقولهم بالتملك عدم الرّجوع، ويمكن ان يقال: لادليل الّا الاجماع، ولااجماع على التملك، بحيث يفيد عدم وجوب الرّد مع وجود مالكه (صاحبه ـ خ) ولكن حينئذٍ يصير عدم الفرق بين القليل والكثير اذا ملكه، الّا بالتعريف، فتأمّل.

---

(١) راجع الوسائل الباب١ من كتاب اللقطة.

(٢) هكذا في جميع النسخ، والصواب، وجواز التصرف للمالك في ماله.

....

ثمّ قال: الثاني الاقرب وجوب دفع العين مع وجود صاحبه، ويحتمل القيمة مطلقا، كالكثير اذا تملكه (ملكه-خ) بعد التعريف، والقيمة ان نوى التملك والّا فالعين وهو اقرب.

والظاهر انّ المراد بالصّاحب اعم من الاوّل ووارثه ومن انتقل اليه.

وانّ الظّاهر الرّجوع الى العين مطلقا، لما تقدّم، اذ لو لم يكن له الرّجوع الى العين (والعوض-خ) فلا يناسب له الرّجوع اصلاً اذ انّما يكون ذلك لصيرورة العين ملكاً لازماً للملتقط وخارجاً عن ملكه خروجاً لازماً، والاصل عدم العوض. والعوض انّما يلزم بدليل خارج وبالرضا وليس.

وايضاً الظاهر عدم الفرق بين نيّة التملك وعدمها، ان قلنا انّه يتملّك من غير نيّة، والّا فلا كلام في وجوب ردّ العين مع عدم نية التملّك.

ثم قال: الثالث، لو تلف بتفريط، ثم وجد صاحبه، فالاقرب وجوب الضمّان، ،مع احتمال عدمه(١).

والظاهر هو (بين-خ) الاحتمال مع التملك لما مرّ، فتأمل، والرّجوع في المسألتين غير بعيد، بناء على ما اشرنا من عدم الدليل الّا الاجماع، ولا اجماع على هذا الوجه الخاص(٢)، والعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي(٣) وعدم خروج ملك شخص بلاعوض عن يده الا بطيب نفسه، ونحو ذلك، فتأمّل.

واعلم ان البحث في تملك اللقطة في صورة تملكها مثل القليل قريب من البحث في تملّك المباحات، باعتبار اشتراط نيّة التملك، واشتراط عدم نية عدم

---

(١) التذكرة ج٢ ص٢٥٦.

(٢) ولا يخفى ان ما ذكر في المتن -من قوله قدّس سرّه: على هذا الوجه الخاص -الى قوله-: وليس الّا الاجماع ولا اجماع- غير موجود في النسخة المطبوعة، ولكنّها موجودة في النسخ المخطوطة.

(٣) تقدّم مأخذه مراراً.

....

التملك او عدم اشتراط شيء اصلاً، والظاهر هنا الاوّل.

قال في التذكرة: عدم الدخول قهراً هو أشهر القولين لعلمائنا بالملك القهري لأنّه ملك شخص، ولم يخرج الّا بدليل، وليس الّا الاجماع ولا اجماع.

وايضاً الظاهر انّ له ان يحفظه امانة بعد التعريف بلا فصل، ومعه ايضاً، فلا يضمن الّا بالتفريط، وكذا له التصدق ايضاً عن المالك، لذلك.

ويدلّ عليه جميع الرّوايات الدالّة على التصدق والحفظ، مثل صحيحة علي بن جعفر عليهما السّلام: احفظها الحديث(١).

فيحمل عليه أي على أن الملتقط يملك مع النيّة، او يستحق ان يملك، فتأمل مافي الرواية، (فهو كسبيل ماله)(٢) ويجري عليه مايجري على ماله ونحوه.

امّا لقطة الحرم ففيها خلاف، والروايات ايضاً مختلفة، والظاهر عدم جواز تملك الكثير، وقد مرّ نقل الاجماع في التذكرة (عليه ـ خ) ولم يظهر خلافه، الّا ما اشرنا اليه، مثل مانقل في شرح الشرائع التردّد عن التحرير والخلاف من أبي الصلاح، وقد يكون الاجماع بعده، او ما اعتبره بمعلومية نسبه، وغير ذلك. فتأمّل.

فالظاهر عدمه لعدم ظهور القول الصريح ولأنّ التصرف في مال الغير وخروجه عن ملكه يحتاج الى دليل قوي، ولأنّه خلاف ظاهر العقل والنقل، ومايدلّ على ذلك ليس بمثابة تعارض ماتقدم، اذ ليست صريحة ولا ظاهرة في تملك الكثير في الحرم على وجه يقولون به، وقد تقدم البعض وسيجيء البعض الآخر.

ويدل عليه ايضاً بعض الرّوايات مثل ماتقدم من رواية علي بن أبي حمزة

---

(١) الوسائل الباب ٢ من كتاب اللقطة، الرواية ١٢ و١٥ وفيه، حفظها الحديث.

(٢) راجع الوسائل الباب٢ من كتاب اللقطة.

المتقدمة: (بئس ماصنع)(١) فينبغي حمل (ينبغي) عليه(٢).

ورواية الفضيل بن يسار (في زيارات الحج) قال: سألت اباجعفر عليه السّلام عن لقطة الحرم؟ فقال: لا تمسّ ابداً حتى يجيىء صاحبها فيأخذها، قلت: فان كان مالاً كثيراً، قال: فان لم يأخذها الّا مثلك فليعرفها(٣).

وصحيحة يعقوب بن شعيب، قال: سألت اباعبدالله عليه السّلام عن اللقطة، ونحن يومئذٍ بمنى؟ فقال: امّا بارضنا هذه فلا تصلح، وامّا عندكم فان صاحبها الذي يجدها يعرّفها سنة في كلّ مجمع، ثمّ هي كسبيل ماله(٤).

ورواية ابراهيم بن عمير (عمر ـ خ)، عن أبي عبدالله عليه السّلام، قال: اللقطة لقطتان، لقطة الحرم وتعرّف سنة، فان وجدت صاحبها، والّا تصدقت بها، ولقطة غيرها تعرّف سنة، فان لم تجد صاحبها فهي كسبيل مالك(٥).

هذه كلّها في زيارات الحج من التهذيب.

ولا يضرّ عدم صحة رواية الفضيل، لقبول الاصحاب ابان بن عثمان(٦)، وقد عرفت مراراً أنه قيل هو ممّن اجتمعت العصابة على توثيقه وقبوله، فلا يضرّ القول فيه بأنّه قيل كان ناووسياً، فتكون صحيحة، او معمولة معتبرة.

ودلالتها على عدم التملك مطلقا واضحة، ودلالة رواية يعقوب على التحريم ظاهرة.

---

(١) الوسائل الباب ١٧ من كتاب اللقطة، الرواية٢.

(٢) يعني فينبغي حمله قوله عليه السّلام في الرواية (ماكان ينبغي له ان يأخذه) على قوله عليه السّلام: بئس ماصنع.

(٣) الوسائل الباب ٢٨ من ابواب مقدمات الطواف الرواية٢ من كتاب الحج ج٩ ص٣٦١.

(٤) الوسائل الباب ٢٨ من ابواب مقدمات الطواف الرواية١.

(٥) الوسائل الباب ٢٨ من ابواب مقدمات الطواف الرواية ٤.

(٦) وسندها ـ كما في التهذيب ـ موسى بن القاسم، عن أبان عثمان، عن الفضيل بن يسار.

....

ولا تدلّ رواية ابراهيم على الجواز، وهو ظاهر، على انّ في سندها عبدالرّحمن المشترك (١) وابراهيم ايضاً مختلف فيه قيل ثقة، وقيل ضعيف مطعون جدّاً، وان كان الموثّق هو النجاشي والمضعّف ابن الغضائري، ولفظة (ماكان ينبغي) في رواية علّي(٢) لا تدل على الكراهة، بانّ (ينبغي) يستعمل في المعنيين(٣)، وان كان ظاهراً في الاستحباب، ولكن مقارنتها بقوله؛ (بئس) تدلّ على ارادة التحريم، او يبعد قول هذا في المكروه.

ويدل على التحريم ايضاً رواية إبراهيم بن أبي البلاد، عن بعض اصحابه، عن الماضي عليه السّلام، قال: لقطة الحرم لا تمسّ بيد ولا برجل، ولو ان النّاس تركوها لجأ صاحبها فأخذها(٤) ولا يضرّعدم صحة السند، ولا حمل (لا تمس) على الكراهة في صحيحة الحلبي المتقدمة، وكان علي بن الحسين عليهما السّلام يقول لاهله: لا تمسّها(٥).

وكذا رواية الحسين بن أبي العلاء، قال: ذكرنا لابي عبدالله عليه السّلام اللقطة، فقال: لا تعرض لها فان الناس لو **تركوها** لجاء صاحبها حتى يأخذها(٦) لانّهما محمولتان على الكراهة للمعارض وللشهرة، بل قريب الاجماع، فانّه قد مرّ جواز تملّك الاقلّ من درهم بالاجماع، مع امكان حملها على الدّرهم ومافوقه.

---

(١) سندها ـ كما في التهذيب ـ موسى بن القاسم، عن عبدالرّحمن، عن حمّاد بن عيسى، عن ابراهيم بن عمر.

(٢) الوسائل الباب ١٧ من كتاب اللقطة الرواية٢.

(٣) في بعض النسخ في المعنى .وفي بعض آخر في العين وفي بعض المعنى ولعل الصواب ما اثبتناه.

(٤) الوسائل الباب ١ من كتاب اللقطة الرواية٣.

(٥) الوسائل الباب ١ من كتاب اللقطة الرواية١.

(٦) الوسائل الباب١ من كتاب اللقطة الرواية٢.

....

على انّ رواية الحسين ليست بظاهرة الصحّة، لوجود الخلاف فيه، نقل ابن داود عن الكشّي، فيه نظر لتفاهت(١) الاقوال فيه.

نعم قال: وحكى السيد جمال الدين في البشرى تزكيته.

فقول شرح الشرائع: ـصحيحة الحسين ـ محلّ التأمل، نعم مثله موجود في الصحيح عن محمّد بن مسلم(٢)، ولكن مع قوله: (فاجعلها في عرض مالك) بعد التعريف.

وبالجملة الظاهر تحريم لقطة الحرم وعدم تملكها مطلقا، كما قال الشيخ علّي، وقال انّه المشهور، ولا شك أنّه أحوط.

فقول الدروس ـ بعدم الكراهة في القليل في الحرم ـ بعيد وخلاف المشهور، بل الاجماع، فتأمّل.

وامّا وجوب التعريف في موضع وجوبه، فيدلّ عليه الروايات الكثيرة، وقد مرّ اكثرها، مثل صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السّلام في اللقطة يجدها الرّجل، الفقير (أهو ـ يب) فيها بمنزلة الغني ؟قال: نعم، واللقطة يجدها الرّجل ويأخذها، قال: يعرّفها سنة، فان جاء (لها ـ يب) طالب، والاّ فهي كسبيل ماله، وكان علي بن الحسين عليهما السّلام يقول: لا تمسّوها(٣).

وصحيحة محمّد بن مسلم، عن احدهما، قال: سألته عن اللقطة؟ قال: لا ترفعوها، فان ابتليت فعرّفها، فان جاء طالبها، والاّ فاجعلها في عرض مالك يجري

---

(١) هكذا في جميع النسخ، والصواب، التهافت، كما في رجال ابن داود ثم قال: وقد حكى سيدنا جمال الدين رحمه الله في البشرى تزكيته ص١٢٠ ط دانشگاه.

(٢) راجع الوسائل الباب٢ من كتاب اللقطة الرواية٣.

(٣) روى صدرها في الباب ١٦ من ابواب اللقطة الرواية١ بالسند الثالث وذيلها في الباب٢ من تلك الابواب الرواية١.

....

عليها مايجري على مالك الى ان يجيئ لها طالب(١).

وصحيحة علي بن جعفر وقد تقدمت(٢).

وهذه الاخبار تدلّ على انّ التعريف سنة، والذي ورد في مطلق التعريف يحمل عليها.

قال: في التذكرة: لايراد بالتعريف سنة استيعاب السنّة وصرفها بأسرها في التعريف، بل يسقط التعريف بالليل (في الليل ـ خ) لانّ النهار مجمع الناس، وملتقاهم، دون اللّيل، ولا يستوعب الايام ايضاً، بل على المعتاد فيعرف في ابتداء اخذ اللقطة في كل يوم مرتين في طرفي النهار ثمّ في كل يوم مرة، ثم كل اسبوع مرّة او مرتين، ثمّ في كل شهر مرة، بحيث لاينسى كونه تكراراً في الماضي، وبالجملة لم (فلم ـ خ) يقدّر الشرع في ذلك سوى المدّة التي قلنا انه لايجب شغلها به، فالمرجع حينئذٍ الى العادة، وينبغي المبادرة الى التعريف من حين الالتقاط، وفي الوجوب قولان، احدهما الوجوب، لماتقدم، والثاني عدمه، بل الواجب التعريف سنة مطلقا، وبه ورد الامر(٣).

والظاهر انّ مراده بقوله يعرّف في ابتداء الأخذ، الى آخر التعريف، في الاسبوع الاوّل كل يوم مرتين، وبعد ذلك في اسبوع آخر كل يوم مرّة، ثمّ في باقي اسبوع هذا الشهر كل اسبوع مرّة ثمّ في كل شهر مقدار مالاينسى، كأنّه يكفي مرّة او مرتّين.

ثم ان كان المرادبالشهرثلاثين يوماً،فالأمر واضح، والّا يشكل اذا كان في آخر الشهر الهلالي، او بعد مضي اسبوع.

(١) الوسائل الباب ٢ من كتاب اللقطة الرواية٣.

(٢) الوسائل الباب ٢ من كتاب اللقطة الرواية١٤.

(٣) التذكرة: ج٢ ص٢٥٨.

....

وبالجملة العبارات والروايات مجملة، والمعتاد الذي ذكره غير واضح، وليس بمعلوم كونه فيما ذكره ايضاً، وهو غير واضح.

ويمكن الاكتفاء بصدق التعريف في السنة من غير تفاوت بين الاول والآخر، وقوله: (ينبغي) مشعر بعدم وجوب الفورية والمناسب **الفورية** اذقد يجيء صاحبه، وييأس بعده، وهو ظاهر قولهم سنة من حين وجوده، فتأمّل.

قال في موضع آخر: قدر مدّة التعريف سنة، فيما بلغ درهماً فصاعداً عند علمائنا اجمع.

وذلك لابأس به وما رأيت خلافه.

وقال في موضع آخر: لايجب التوالي في التعريف، فلو فرّقه جاز، بان يعرّف شهرين ويترك شهرين هكذا وهو احد وجهي الشافعيّة، ما لو نذر صوم سنة يجوزان يوالي وان يفرّق ـ الى قوله ـ فان فرّط في المبادرة فعل محرماً، فاذا عرّف متفرّقاً لم يجب الاستئناف، وكفاه التلفيق (١)..

وقال ايضاً: الأحوط **الايغال** (٢) في الابهام، فلا يذكر الجنس فضلاً عن النوع ووصفه، بل يقول: من ضاع له شيء او مال.

وقد ورد في بعض الروايات التعريف بقوله: من يعرف الكيس، لمن وجد كيساً فيه الدراهم(٣) وما منعه عليه السّلام، فهو تقرير، فيكون مثله جائزاً.

وقال ايضاً، لايجب على الملتقط مباشرة التعريف، اذالغرض به الاشهاد والاعلان، ولا غرض للشارع متعلق بمباشر دون آخر، فيجوز ان يباشر النداء بنفسه وان يوليّه غلامه وولده ومن يستعين به ويستأجره عليه، ولا نعلم فيه خلافاً.

---

(١) التذكرة: ج٢ ص٢٥٨.

(٢) يقال: أوغل القوم اذا أمعنوا في سيرهم وأوغل في الارض اذا سار فيها فأبعد (مجمع البحرين).

(٣) الوسائل الباب ٦ من كتاب اللقطة الرواية١.

....

وقال ايضاً: ينبغي ان يتولّى التعريف شخص امين ثقة عادل غير مشهور بالخداعة واللعب ليحصل الوثوق باخباره ولا يتولاه الفاسق، لئلا تفقد فائدة التعريف، وهذا على الكراهة دون التحريم(١).

ولا يخفى أنّه لابد ان يكون بحث يحصل له (بنفسه ـ خ) الوثوق بالتعريف، مع انّ ظاهر (العبارات ـ خ) الرّوايات التعريف بنفسه وقال ليس للملتقط تسليم اللقطة الى غيره الاّ باذن الحاكم، فان فعل ضمن الاّ مع الحاجة، بان يريد السّفر، ولم يجد حاكماً يستأذنه، فيجوز ان يسلّمها الى الثّقة، وكذا لو التقطه (التقط ـ خ) في الصحراء ولم يتمكن من حفظها، ومراعاتها، فانه يجوز له الاستعانة بغيره وتسليمها اليه، مع عدم القدرة على الاستقلال بحفظها والمشاركة.

وقال ايضاً: قد بيّنا أنّه يجب المبادرة الى التعريف، فلو أخّره عن الحول الاوّل مع الامكان أثم ـ الى قوله ـ ولا يسقط التعريف بتأخيره عن الحول، لأنّه واجب، ولا يسقط بتأخيره عن وقته، كالعبادات وسائر الواجبات.

فيه اشارة الى وجوب القضاء في سائرها، وهو غير ظاهر.

ثم انّ الظاهر أنّه ماوجد دليل خاصّ على ماهو المشهور من طريق التعريف سبعة ايام في كل يوم، ثم بقيّة الشهر في كلّ اسبوع، ثم كل شهر الى آخر الحول، وهو قريب ممّا نقلناه عن التذكرة.

ويبعد صدق التعريف عرفاً في السّنة، مع ايقاعه في أحد عشر شهراً كل شهر مرّة، وينبغي الملاحظة وعدم الخروج عن العرف، وعن ظاهر الروايات، خصوصاً مراعاة مافي صحيحة يعقوب(٢) بان يعرّف بنفسها سنة في كل مجمع،

---

(١) التذكرة: ج٢ ص٢٥٩.

(٢) الوسائل الباب ٢٨ من ابواب مقدمات الطواف الرواية١ ج٩ ص٣٦١.

....

فانها طاهرة في التعريف بنفسها، وفي كل مجمع، وقد يفهم في كلّ جمعة، ان كان بلداً يقع فيه جمعة، فيلاحظ ماذكروه في الاوّل، ثم في كل اسبوع في الجماعات مرّة طول السنّة.

قال في التذكرة: مكان التعريف في مجمع الناس كالاسواق او ابواب المساجد عند خروج الناس من الجماعات في الوقت الذي يجتمعون فيها وفي محافل (مجامع ـ خ) الناس.

لأنّ المقصود اشاعة ذكرها واظهارها ليظهر عليها مالكها، فيجب تحرّي مجامع النّاس ولا تنشد (ولاينشدها ـ خ) في وسط المسجد، لانّ المسجد لم يُبْنَ لهذا وقد روي عن رسول الله صلّى الله عليه وآله أنّه قال: من سمع رجلاً ينشد ضالّة في المسجد، فليقل لاادّاها الله اليك، انّ (فانّ ـ خ) المساجد لم تبن لهذا(١) وكراهة تعريف الضالّة ككراهة طلبها في المساجد(٢).

فيه اشعار بأنّه يكره فيها فعل غير مايبنى له المسجد، للنّهي.

ثمّ اذا التقط في بلدة او قرية فلابد من التعريف فيها بمجامع، وليكن اكثر تعريفه في البقعة والمحلة التي وجد فيها، فان طلب شيء في موضع فُقِد (فقدانه ـ خ) اكثر.

فان اتفق له سفر فوّض التعريف الى غيره، ولا يسافر بها ولو التقط في الصحّراء، فان اجتازت به قافلة يتبعهم، وعرّفها فيهم، والاّ فلا فائدة في التعريف في المواضع الخالية، ولكن تعرف (يعرف ـ خ) عند الوصول اليها، ولا يلزمه ان يغيّر قصده، ويعدل الى اقرب البلاد الى ذلك الموضع، او يرجع الى مكانه الذي انشأ السّفر

---

(١) الوسائل الباب ٢٨ من ابواب احكام المساجد الرواية٢ ج٣ ص٥٠٨ وفيه لاارادّها الله اليك.

(٢) انتهى ما في التذكرة ج٢ ص٢٥٩.

....

منه، ونقل رواية أنّه من وجد شيئاً في بيوت مكة ونسي حتى جاء الكوفة، قال: يسأل اهل المنزل، فان لم يعرفوه تصدق به(١).

وفي رواية من وجد متاع شخص معه ولم يجده حتى جاء الى الكوفة، ولم يعرف صاحبه، قال ابوالحسن عليه السّلام: كيف يعرفه ولم يعرف بلده؟ قال: فاذا كان كذلك، فبعه وتصدّق به، قال له: على من جعلت فداك ؟ قال: على اهل الولاية(٢).

يفهم منه ذمّ من يعرف ولا يعرف بلده، فينبغي معرفة بلد كل من صاحبه احدٌ، كما هو المشهور والمذكور، وعلى عدم وجوب التعريف في مثل هذه الصورة، وجواز بيع المال الذي لم يعرف صاحبه والتصدق به، كما هو المشهور برد المظالم، ويجوز التصدق على المؤمنين من غير اشتراط العدالة، بل جوازه على السّادات، وعدم اشتراط الحاكم ولا عدالة المتصرّف.

وسنده لابأس به(٣)، اذ ليس فيه الاّ محمّد بن عيسى، عن يونس، وقد مرّ مراراً أنّهما لابأس بهما، وان قيل فيهما ماقيل، خصوصاً في مثل هذه، فتأمّل.

ثم اعلم أنّه ان جاء صاحبها فوصف، فالظاهر جواز الاعطاء مع القرائن، وهو ظاهر كثير من الرّوايات فيما سبق(٤).

فلا يحتاج الى الشهود والثّبوت عند الحاكم، كما اشرنا اليه مراراً، ومع

---

(١) الوسائل الباب ٥ من كتاب اللقطة الرواية٣ ومتن الرواية هكذا: عن اسحاق بن عمّار، قال: سألت اباابراهيم عليه السّلام عن رجل نزل في بعض بيوت مكة فوجد فيه نحواً من سبعين درهماً مدفونة فلم تزل معه ولم يذكرها حتى قدم الكوفة كيف يصنع؟ قال: يسأل عنها اهل المنزل لعلّهم يعرفونها، قلت: فان لم يعرفوها، قال: يتصدق بها. (٢) راجع الوسائل الباب ٧ من ابواب اللقطة الرواية٢ فان مانقله مضمون بعض منها.

(٣) سنده ـ كما في التهذيب ـ الصفار، عن محمّد بن عيسى بن عبيد، عن يونس بن عبدالرّحمن.

(٤) راجع الوسائل الباب٢ و ٦ من كتاب اللقطة.

....

الثبوت يجب دفعه، وكذا مع العلم بغير ثبوت شرعي، فمع التأخير ضامن كسائر الأمانات، الّا مع العذر، والّا فهو مخيّر بين التملك والضمان وبين التصدق والضمان وبين الابقاء أمانة وعدم الضمان.

قال في التذكرة: وانما يجب الدفع الى المالك، فاذا جاء من يدّعيها، فان لم يقم بيّنة بها، ولا وصفها لم يدفع اليه، الّا ان يعلم الملتقط، أنّها له، فيجب عليه دفعها اليه، وان اقام البينة دفعها، وان لم يكن هناك (١) بينة ولكن وصفها بصفاتها الخاصّة التي تخفى على غير المالك، فان لم يغلب على ظنّ الملتقط صدقه وأنّها له، لم يدفع اليه، وهو المشهور للشافعية ـ الى قوله ـ: وان غلب على ظنّ الملتقط صدق المدّعي الواصف لها جاز دفعها ولا يجب(٢).

هذا صريح في جواز دفع مال الغير الى الغير بالظنّ.

ثمّ قال: ولا يكفي في وجوب الدفع الشاهد الواحد وان كان عدلا ـ الى قوله ـ: ويحتمل عندي جواز الدّفع ان حصل الظنّ (كما لو حصل الظن ـ خ) بالوصف.

وهذا ايضاً صريح في ذلك، فتأمّل.

ودليل التخيير بين الامور الثلاثة ـ بعد الاجماع المفهوم من التذكرة ـ الجمع بين الاخبار، فان البعض يدلّ على التملّك مثل صحيحة الحلبي ورواية داود بن سرحان(٣) (هي كسبيل، له) وما في صحيحة محمّد بن مسلم، فاجعلها في عرض مالك(٤) وما في صحيحة عبدالله بن سنان، انما هي مثل الشيء المباح(٥).

---

(١) في التذكرة: وان اقام البيّنة ردت اليه، وان لم يكن هناك الخ.

(٢) التذكرة: ج٢ ص٢٦٤.

(٣) راجع الوسائل الباب٢ من كتاب اللقطة الرواية١ و١١.

(٤) راجع الوسائل الباب٢ من كتاب اللقطة الرواية٣.

(٥) راجع الوسائل الباب١٣ من كتاب اللقطة الرواية٢.

....

لكن ظاهر هذه في البعير ونحوه من الدّوابّ، وحينئذٍ يضمنه، فان علم صاحبه يجب ردّ العين عليه مع وجودها، والّا القيمة فوريّاً، والاعلام على ماقيل في الأمانات الشرعيّة.

ويمكن فهم ذلك من رواية علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن بعض اصحابنا، عن ابي العلاء، قال: قلت لابي عبدالله عليه السّلام: رجل وجد مالاً فعرّفه حتى اذا مضت السنة (ثمّ ـ خ) اشترى منه (به ـ كائل) خادماً، فجاء طالب المال، فوجد الجارية التي قد اشتريت بالدّراهم، هي ابنته، قال: ليس له ان يأخذ الّا دراهمه، وليس له البنت (الابنة ـ كائل) انّما له رأس ماله، وانما كانت ابنته مملوكة قوم(١).

وهذه تدلّ على التملك ايضاً، ولا يضرّ ارساله، لماسيجيء.

وكذا رواية عبدالله بن حمّاد، عن أبي عبدالله عليه السّلام، قال: من وجد شيئاً فهو له، فليتمتع به حتى يأتيه طالبه، فاذا جاء طالبه ردّه اليه(٢).

حملت على مابعد التعريف مع الكثرة، لما تقدم من عدم جواز تملّكها والانتفاع الّا بعده، ويمكن حملها على القليل.

ويمكن فهمه **ايضاً في الجملة من صحيحة احمد بن محمد بن أبي نصر، قال**: سألت ابا الحسن الرضا عليه السّلام عن الرّجل يصيد الطير الذي يسوى دراهم كثيرة، وهو مستوى الجناحين، وهو يعرف صاحبه أيحلّ له امساكه؟ فقال: اذا عرف صاحبه ردّه عليه، وان لم يكن يعرفه، وملك جناحه فهو له، وان جاءك طالب لا تتهمه ردّه عليه(٣).

---

(١) الوسائل الباب ٨ من كتاب اللقطة الرواية١.

(٢) الوسائل الباب ٤ من كتاب اللقطة الرواية٢ وفيه كما في الكافي ايضاً عن عبدالله بن حماد عن أبي بصير، عن أبي جعفر عليه السّلام الخ.

(٣) الوسائل الباب ١٥ من كتاب اللقطة الرواية١.

....

والظاهر أنّه بعد التعريف، وعرف أنّه كان مملوكاً في الجملة.

وهي تدلّ على جواز تسليم اللّقطة مع الظنّ، وعدم كون الطالب متّهماً، فانّه قد يكذب.

ورواية حنّان، قال: سأل رجل اباعبدالله عليه السّلام عن اللقطة؟ وانا اسمع، قال: تعرفها سنة، فان وجدت صاحبها، والّا فانت أحق بها، وقال: هي كسبيل مالك، وقال: خيّره اذا جائك بعد سنة بين أجرها وبين ان تغرمها له اذا كنت أكلتها(١).

وهي ايضاً تدلّ على التملك، ولايضرّ وجود أبي القاسم المجهول، وحنّان(٢).

ورواية أبي خديجة، عن أبي عبدالله عليه السّلام قال: سأله ذريح عن المملوك يأخذ اللقطة؟ فقال: وما للمملوك واللقطة، والمملوك لايملك من نفسه شيئاً، فلا يعرض لها المملوك، فانه ينبغي ان يعرّفها سنة في مجمع، فان جاء طالبها دفعها اليه، والّا كانت في ماله، فان مات كانت ميراثاً لولده لمن ورثه، فان لم يجئ لها طالب كانت في اموالهم هي لهم، فان جاء طالبها بعد دفعوها اليه(٣).

وهي تدل على منع المملوك عن أخذ اللقطة، ولعلّ منعه، بغير اذن المالك، وباعتبار أخذه، بأن يكون هو الملتقط حقيقة، فان الحكم المذكور لمولاه، ويكون له ظاهراً باذن المولى، والأجرة(٤) يرجع الى المولى، وان سلّم دلالتها على عدم تملك

---

(١) الوسائل الباب ٢ من كتاب اللقطة الرواية ٥.

(٢) سندها ـ كما في التهذيب ـ هكذا: محمّد بن احمد بن يحيى، عن محمّد بن عبدالجبّار، عن أبي القاسم، عن حنّان.

(٣) الوسائل الباب ٢٠ من كتاب اللقطة الرواية ١.

(٤) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب، والأجر.

....

المملوك ، وقد مرّ خلافه.

فيمكن الجمع بأنّ المراد في امثاله نفي الملك المستقل كسائر الملاك والعبد يمكن تملكه مع كونه محجوراً عليه. على أنّ أبي خديجة هو سالم بن مكرم، وهوضعيف.

والظاهر أنّه لاخلاف في وجوب الرد، وانّما الخلاف في أنّه هل يجب ردّ العين مع بقائها، فيكون ملكاً متزلزلاً ام لا، بل يجوز ردّ العوض، فيكون ملكاً مستقرّاً، ولكن مع العوض الاّ أنّه ان ردّ العين يجب عليه القبول، فانّه ليس باقلّ من العوض.

وقرّب في التذكرة وجوب ردّ العين اذا كانت اقلّ من الدرهم، وفي غير الحرم، مع بقاء العين، واستشكل وجوب ردّ العوض مع التلف حينئذٍ، وجزم بانّ لقطة الحرم لا تملك بحال، فتدفع بعينها الى مالكها، وكذا في لقطة غير الحرم ان جاء صاحبها قبل التملك ، وأمّا بعده فقرّب عدم وجوب ردّ العين، وعدم جواز انتزاع المالك منه، واكتفى بجواز ردّ العوض مع بقاء العين أيضاً، و وجوب قبوله على المالك.

وظاهر الادلة هو الرد بعينها، فانّ الاصل بقاء مال المالك على ملكه، وخروج التملّك في الجملة، مع التعريف، وعدم ظهور المالك ، ملكاً مراعي، بالاجماع ونحوه ولا دليل عل غيره، ولا بعد في حمل مثل (هي كسبيل ماله) على الملك ، مراعي بعد الدليل، ولهذا أنّه ظاهر في عدم العوض ايضاً ويوجبون ذلك.

ويمكن ان يقال: وجب العوض بالاجماع، وبقي العين على ملكه لدليله، فتأمّل.

ثمّ حكم في التذكرة بانّ الزيادة المتصلة للمالك ، والمنفصلة للملتقط، بعد التملك ، لأنها نماء ملكه، ونقل عن الحنابلة وجهاً بانّ ذلك ايضاً للمالك .

....

وكون الزيادة المتصلة للمالك مع ردّ العين غير بعيد، وكذا كون المنفصلة للملتقط، لما اشار اليه من أنه نماء ملكه، سواء قلنا انّه ملك مستقّر او مراعى، كما في البيع في زمان الخيار بعد الفسخ، ولهذا صحّ بيعه، وسائر تصرفانه، ولا يبطل منه شيء، ولعلّ وجد الحنابلة أنّه ظهر حينئذٍ عدم صيرورته ملكاً له، وهو خلاف ماتقرّر باجماعهم، ولهذا يصح جميع التصرّفات المخرجة، وغير المخرجة، نعم ذلك أحوط.

وقد يفهم ممّا سبق انّ هذا الضمان دائمي، وليس بمخصوص بمجيء المالك بل الوارث ايضاً، كما دلّت عليه رواية أبي خديجة(١) ولا يبعد ان يكون كذلك بعد موت الملتقط ايضاً، ويشمله عموم (اذا جاء صاحبها).

ولأنّ الظاهر أنّ الضمان مبني على عدم صيرورته ملكاً لازماً بل متزلزلاً، وذلك يوجب الردّ بعد موته ايضاً، فلا يبعد ايجاب الوصيّة، كما في الضمانات، ويؤيّده كون ضمان التصدق كذلك، كما سيجيئ.

ويدل عليه ايضاً صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السّلام، قال: سألته عن اللقطة اذا كانت جارية هل يحلّ فرجها لمن التقطها؟ قال: لا انّما يحلّ له بيعها بما انفق عليها، وسألته عن الرّجل يصيب درهماً او ثوباً او دابّة كيف يصنع (بها - ئل)؟ قال: يعرّفها سنة، فان لم يعرّف حفظها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيها ايّاه، وان مات اوصى بها، وهو له ضامن(٢).

فيه دلالة على عدم جواز وطء الجارية بالالتقاط، وجواز بيعها للنفقه من

---

(١) الوسائل الباب ٢٠ من كتاب اللقطة الرواية ١.

(٢) روى صدرها في الباب ٢ من كتاب اللقطة الرواية ٨ وذيلها في الباب ٢٠ من تلك الابواب الرواية ٢.

....

غير اذن الحاكم، ووجوب التعريف، وجواز التملك يؤيّد (يريد ـ خ) ذلك بقوله: (في عرض ماله) أي يجعله ماله حتّى يجيء صاحبه، والّا كانت أمانة غير مضمونة، **فافهم**.

وامّا جواز تصدقّها مع الضمان، فلأنه اذا جاز تملكها معه، فالتصدق معه (مع الضمان ـ خ) بالطريق الاولى ويفهم من ادلّته ايضاً فتأمّل.

والظاهر أنّه لاخلاف فيه.

ويدل عليه ايضاً رواية الحسين بن كثير، عن ابيه، قال: سأل رجل امير المؤمنين عليه السّلام عن اللقطة؟ فقال: يعرّفها، فان جاء صاحبها دفعها اليه، والّا حبسها حولاً، فان لم يجيء صاحبها، او من يطلبها، تصدق بها، فان جاء صاحبها بعد ماتصدق بها ان شاء اغترمها الذي كانت عنده، وكان الأجر له، وان كره (ذلك ـ يب ئل) احتبسها، والأجر له(١).

والظاهر انّ المراد بالحبس عنده سنة، مع التعريف.

ويدل على الغرم بعد التعريف ايضاً، رواية حفص بن غياث، عنه عليه السّلام، قال: سألت اباعبدالله عليه السّلام، عن رجل من المسلمين اودعه رجل من اللصوص دراهم او متاعاً، واللّص مسلم هل يردّه عليه؟ قال: لايردّه (عليه ـ خ)، فان امكنه ان يردّها على اصحابها فعل، والّا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها، فيعرّفها حولاً، فان اصاب صاحبها ردّها عليه، والّا تصدق بها، فان جاء صاحبها بعد ذلك خيره بين الأجر والغرم فان اختار الأجر فله الأجر، **وان اختار** الغرم غرم له وكان الأجر له(٢).

وما روي ـ في الصحيح ـ عن اسحق بن عمّار، قال: سألت اباابراهيم

---

(١) الوسائل الباب ٢ من كتاب اللقطة الرواية٢.

(٢) الوسائل الباب ١٨ من كتاب اللقطة الرواية١.

....

عليه السّلام، عن رجل نزل في بعض بيوت مكة، فوجد فيه نحواً من سبعين درهماً مدفونة، فلم تزل معه ولم يذكرها حتى قدم الكوفة كيف يصنع؟ قال: يسأل عنها اهل المنزل لعلّهم يعرفونها، قلت: فان لم يعرفوها، قال: يتصدق به(١).

ولايضرّ اسحق، وفيه دلالة على الاكتفاء في التعريف بسؤال اهل المنزل في غير موضع الالتقاط.

وموثقة ابن بكير عن زرارة، قال: سألت اباجعفر عليه السّلام عن اللقطة؟ فاراني خاتماً في يده من فضّة، فقال: انّ هذا ممّا جاء به السيل، وانا اريد أن أتصدق به(٢).

وهذه تدل على عدم التعريف مطلقا، ويمكن ان يعرفه قبل، وعلى جواز استعمال اللقطة في الجملة ويمكن ان يكون للحفظ وان يكون اقلّ من الدرهم ايضاً، ولايحتاج الى التعريف مطلقا، ويكون التصدق تبرّعاً منه صلوات الله عليه، ولعلّ في تقديم (أنا) اشعاراً به، فافهم.

ورواية ابان بن تغلب، قال: اصبت يوماً ثلاثين ديناراً، فسألت اباعبدالله عليه السّلام عن ذلك؟ فقال: اين اصبته؟ قال: فقلت له: كنت منصرفاً الى منزلي فاصبتها. قال: فقال لي: صر الى المكان الذي اصبت فيه فعرّفه، فان جاء طالبه بعد ثلاثة ايّام فاعطه (ايّاه ـ ئل) والّا تصدق به(٣).

وهذه تدل على كون التعريف في موضع الاصابة، وأنه يكفي الثلث، فلا يحتاج الى السّنة، فيمكن ان يكون ذلك مستحباً.

ولكن غير معلوم القائل، اذا الظاهر انّ وجوب السّنة لاخلاف فيه.

---

(١) الوسائل الباب ٥ من كتاب اللقطة الرواية٣.
(٢) الوسائل الباب ٧ من كتاب اللقطة الرواية٣.
(٣) الوسائل الباب ٢ من كتاب اللقطة الرواية٧.

....

ويدل على جواز اعطاء الطالب من غير ثبوت شرعي ايضاً، فيكون مع الوصف وحصول الظن كما مرّ.

وفي الطريق محمّد بن موسى الهمداني(١)، قيل ضعيف، وقيل يضع الحديث، وابان بن عثمان ايضاً كذلك.

وأمّا جواز حفظها أمانة (شرعية-خ) فالظاهر أنّه لاخلاف فيه، ويدلّ عليه ماتقدم في الجملة، ولأنّه مال الغير وقع بيده بالاذن الشرعي، فيجوز له حفظه، كما في سائر الأمانات، ولأنّ التكليف بغيره منفّي بالاصل.

وامّا لقطة الحرم اذا اخذها، فالظاهر أنه يجب التعريف، ثم الحفظ على طريق الامانة ان جاز، والّا فالظاهر أنّه ضامن دائماً، لأنّ يده يد عادية، بل يمكن ان يكون حكمها حكم الغصب في لزوم الحفظ والنفقة، فلا رجوع، واجرته عليه ان كان ذا اجرة، وغير ذلك.

يدل عليه مافي رواية علي بن أبي حمزة المتقدمة: (فهوله ضامن)(٢).

الّا أنّ كلام الاصحاب صريح في جواز التصدق بها ايضاً من غير ان نجد فيه خلافاً، وفي رواية علي بن أبي حمزة المتقدمة (فيتصدق به) وكذا في رواية ابراهيم بن عمر المتقدمة (والّا تصدقت بها)(٣) وهما يدلّان عليه، بل على وجوب التصدق ظاهراً، حملتا (وان حمل-خ) على الجواز، فكأنّه للاجماع، مع أنّهما ليستا بصحيحتين، كما اشرنا اليه، وان كان سند الثانية أولى(٤)، فتأمّل.

---

(١) سندها -كما في التهذيب- هكذا محمّد بن أحمد بن يحيى، عن محمّد بن موسى الهمداني، عن محمّد بن عيسى بن عبيد عن علي بن الحكم، عن امان بن عثمان عن ابان بن تغلب.

(٢) راجع الوسائل الباب ١٧ من كتاب اللقطة الرواية٢.

(٣) راجع الوسائل الباب ٢٨ من ابواب مقدمات الطواف الرواية٤ ج٩ ص٣٦١.

(٤) سند رواية علي بن أبي حمزة كمافي التهذيب هكذا: الصفار، عن محمّد بن الحسين بن أبي الخطاب، عن ←

وما لايبقى يقوّمه ويضمن، او يدفعه الى الحاكم، ولاضمان.

قوله: **وما لايبق الخ.** يعني اذا التقط في غير الحرم مالايبق، اذا كان يسوى درهماً فما فوقها،تخيّر بين ان يقوّمه فيأخذه لنفسه فيكون الثمن في ذمته، او يبيعه على غيره، فيأخذ الثمن، ولايشترط في ذلك اذن الحاكم، ولا العدول، ولا الشهود، وان امكن، للاصل، ولمامرّ.

لكن قال في التذكرة: إذا باع الطعام الذي يخشى فساده، والذي يحتاج الى العلاج تولّاه الحاكم، فان تعذّر تولّاه بنفسه لأنّه موضع ضرورة ـ الى قوله ـ : امّا لو باعه بدون اذن الحاكم، وفي البلد حاكم كان البيع باطلاً الخ.

وفيه تأمل، للاصل، ولأنّ له ولاية التملك والتصدق بعد التعريف، فالبيع بالطريق الاولى، والتعريف ساقط للمتعذر، ولاشك أنه احوط.

ويمكن ان يكون اذا اراد البيع على غيره يحتاج الى الحاكم، لا التقويم لنفسه، لانّ الظاهر أنّه يكفي التقويم التصرف بالاتلاف في المبيع ، دون الثمن، فان جاء صاحبه يعطيه الثمن، وليس عليه غير ذلك.

والظاهر أنّ الثمن يكون امانة لامضموناً فلو تلف بغير تفريط لايطالب بالعوض، للاصل، وجواز الأخذ والبيع باذن الشارع وعدم دليل على الضمان

وبين(١) ان يسلّمه الى الحاكم، ولا ضمان ايضاً، لمامرّ غير مرّة، ولعلّه لاخلاف فيه.

وقال في التذكرة: عندنا يتخيّر الخ. الظاهر أنّ المراد بـ(ما لايبق)

وهيب بن حفص عن أبي بصير، عن علي بن أبي حمزة.

وسند الثانية فيه ايضاً هكذا: موسى بن القاسم، عن عبدالرحمن،عن حماد بن عيسى، عن ابراهيم بن عمر.

ولعلّ وجه اولوية الثانية اشتمال الاولى على الغير الموثقين..

(١) عطف على قوله: تخيّر بين ان يقومه.

ويكره اخذ اللقطة والضوال مطلقا، خصوصاً للفاسق والمعسر، ومايقلّ قيمته، ويكثر نفعه ويستحب الاشهاد عليها.

مالايبق سنة، قال في التذكرة: ما لايبقى عاماً كالبطيخ والطبيخ والفاكهة التي لايجفّف والخضراوات، يتخير ملتقطها بين أكلها وحفظ ثمنها، وبين دفعها الى الحاكم -الى قوله- وليس له بيعه بنفسه مع وجود الحاكم، خلافاً لاحد في شيء قليل، وقد مرّ البحث فيه، فتأمّل.

وقال ايضاً: مايفتقر الى العلاج ينظر الحظ لصاحبه، فيفعل، فان كان في التجفيف جففّه، او دفعه الى الحاكم (دفعة-خ)(١).

قوله: ويكره اخذ اللقطة الخ. يعني يكره اخذها في موضع جواز اخذها في المال والحيوان، لا الانسان، فانّه واجب على ماتقدم.

ومنه يعلم أنّ حفظ مال الناس غير واجب، ما لم يكن متصرفاً.

وقد نقل في التذكرة عن أبي حنيفة وجهاً في وجوب اخذ اللقطة، بكون المؤمنين بعضهم اولياء بعض في القرآن(٢) فيجب حفظه كوليّ الأيتام، ولأنّ حرمة مال المسلم كحرمة دمه(٣).

والجواب عنها ظاهر، والاصل دليل قويّ، مع الرواية بالنهي(٤).

ويدل على الكراهة تعريض نفسه لاحتمال الحرام، وترك الواجبات الدقيقة المشكلة جداً، فانّ حفظها والتعريف على ماهومشكل جدّاً، كما يعرف من حفظ الامانة، مع عدم ظهور نصّ.

ويدل على الكراهة ايضاً -بعد الاجماع المفهوم من التذكرة- النهي الوارد في

---

(١) التذكرة: ج٢ ص٢٦.

(٢) اشارة الى قوله تعالى: والمؤمنون والمؤمنات بعضهم اولياء بعض. التوبة ٧١.

(٣) عوالي اللئالي: ج٣ ص٤٧٣ الحديث٤.

(٤) اشارة الى ماورد في باب اللقطة من النهي راجع الوسائل الباب ١ و٢ من كتاب اللقطة.

....

الروايات المتقدمة مثل: لا تمسّ ولا تعرض لها فان الناس لوتركوها لجاء صاحبها وأخذها، ونحو ذلك، وحملت في غير الحرم على الكراهة، لما مرّ من فهم الجواز ممّا يدل على جواز التملك بعد التعريف في الروايات التي فيها النهي(۱)، وهي كسبيل ماله ونحو ذلك والكراهة هي المشهورة، بل كاد ان لايكون فيه خلافاً(۲) بالتحريم مطلقا، والاستحباب والاباحة كذلك، والوجوب معلوم الانتفاء.

نعم قد يفهم من عبارة الدروس عدم كراهة القليل ولو كان في الحرم أيضاً، لقوله: والكراهة قويّة اذا بلغت درهماً، ولو نقصت حلّ تناولها، وملكت كما تملك في الحلّ، على الأقرب.

والظاهر ان ليس مقصوده عدم كراهيّة القليل، ويشعر به قوله: (حلّ) حيث ماصرّح بنفي الكراهة، كيف والمشهور تحريمه، والدليل عليه قائم من العقل والنقل، وقد مرّ، ولا دليل على الاباحة صريحاً صحيحاً، فكيف على نفي الكراهة، فالحكم مشكل، وعبارته غير جيّدة.

وهذه الكراهة لاخصوصيّة لها بأحد ولا بمال، الّا أنّ الفاسق (بالفاسق-خ) الغير المأمون على نفسه أشدّ، لاحتمال تصرّفه في الملقوط بغير شرع، فيكره له أن يتعرض لما يحتمل فيه ذلك.

وكذلك المعسر، اذ قد يلجئه عسره الى ماتقدّم، ولوجمع الوصفين لكان أشدّ

وليس بواضح دليل شدّة الكراهة، اذ يشكل اثبات حكم شرعي بمثل ماتقدّم، نعم لاشك أنّ(۳) احوط لهما الاجتناب بالنسبة الى غيرهما، وكأنّه المراد

(۱) الوسائل باب ۱۲ من كتاب اللقطة الرواية۲.

(۲) هكذا في جميع النسخ والصواب، خلاف بالضمّ، والظاهر انّ مراده عدم القائل بالتحريم، وكذلك الاستحباب والاباحة والوجوب.

(۳) في بعض النسخ انّه الأحوط لها، والصواب ماأثبتناه.

....

بالشدة.

وكذا تشتدّ الكراهة فيا يقلّ نفعه وتكثر فائدته.

وسبب الشدة خصوص النهي في الرواية، وهي رواية عبدالرحمن بن أبي عبدالله، قال: سألت اباعبدالله عليه السّلام عن **النعلين والادواة والسوط يجدها** (يجده ـ ئل) الرّجل في الطريق أينتفع به؟ قال: لايمسّه(١).

ولهذا نقل في الدروس تحريم الثلاثة عن الحلبي والصدوقين لهذه الرواية.

وذلك غير واضح لعدم ظهور صحّة سندها، لوجود القاسم بن محمّد المشترك، وابان بن عثمان(٢) وان كان هو لابأس به باعتقادي الّا أنّ كثيراً مايردون الخبربه.

ودلالتها غير واضحة (صريحة ـ خ) اذ يمكن حملها على المسّ على جهة الانتفاع بقرينة السؤال قبل التعريف، ويحتمل كونها تسوى درهماً، وتجعل الاباحة مخصوصة بدون الدرهم، ويحتمل على الكراهية، كما تقدّم من قوله: (لا تمسّ) ونحوه، وهو مذهب الأكثر، ولكن مافهم شدّة الكراهة في المدّعى مطلقا.

على أنّها معارضة بأصحّ منها سنداً وأوضح دلالة، وهي حسنة حريز، عن أبي عبدالله عليه السّلام، قال: لابأس بلقطة العصا والشظاظ (٣) والوتد والحبل والعقال وأشباهه، قال: وقال أبوجعفر عليه السّلام: ليس لها طالب(٤).

---

(١) الوسائل الباب ١٢ من كتاب اللقطة الرواية٢.

(٢) سندها ـ كما في التهذيب هكذا: الحسين بن سعيد، عن القاسم بن محمّد، عن ابان بن عثمان، عن عبدالرحمن بن أبي عبدالله.

(٣) الشظاظ خشبة محدودة الطرف تدخل في عروتي جوالقين ليجمع بينهما عند حملها على البعير والجمع الشظة (عن النهاية).

(٤) الوسائل الباب ١٢ من كتاب اللقطة الرواية١.

....

وهذه كالصريحة في نفي الكراهة في هذا الاشياء التي نفعها كثير وثمنها قليل، وظاهرة في الكراهة في غير المتعليل، وظاهرها حينئذٍ نفي الكراهة عن المطلوب، بل عمّا اشتمل عليه رواية عبدالرحمن المتقدمة(١)، ويمكن حملها على عدم الشدّة للعمومات والجمع بين الادلّة، خصوصاً هاتين الروايتين(٢) فما نجد مايدلّ على شدة الكراهة في امثاله، بل الأمر بالعكس، مع أنّا نجد اكثر الأصحاب هكذا يذكرون، ولعلّ عندهم غير ماوصل الينا، فتأمّل.

وقال في شرح الشرائع: وجه الكراهة في هذه الاشياء واشباهها ـ العصا الخ ـ النهي عنها محمول على الكراهة جمعاً بين الأخبار، فقد روي: لابأس بلقطتها.

مارأيت مايدلّ على النّهي عن هذه الأشياء بخصوصها، بل العمومات، الاّ رواية عبدالرحمن(٣) وهي تدل على النّهي عن الأشياء بخصوصها، والقاعدة تقتضي عدم كراهة هذه الأشياء، فضلاً عن شدّتها.

وكان في التذكرة: اشارة الى هذا، حيث قال ـ بعد نقل رواية عبدالرحمن على كراهة مايكثر فائدته، ويقل قيمته ـ: وقول الصادق عليه السّلام: لابأس بلقطة العصا والشظاظ والوتد والحبل والعقال واشباهه(٤) ـ لاينافي ماقلناه لحقارة هذه الأشياء، فلا يطلبها المالك، ولهذا روى في تتمة الحديث، (ليس لها طالب)(٥) فدلّ ذلك على البناء على العادة في الاعراض عن هذه الأشياء، فيكون في الحقيقة اباحة عن المالك لها، مع أنّ نفي البأس لايضادّ الكراهة.

---

(١) تقدم ذكرها آنفاً.

(٢) يعني روايتي عبدالرحمن وحريز المذكورتين.

(٣) راجع الوسائل الباب ١٢ من كتاب اللقطة الرواية٢.

(٤) يعني في رواية حريز المتقدمة.

(٥) التذكرة ج٢ ص٢٥٦.

....

ولكن ينافيه ما قال بعده: وبالجملة فاخذ اللقطة عندنا مكروه، ويتأكد في مثل هذه الأشياء، كما هو في العبارات المشهورة، فتأمّل.

وبالجملة لو فرض وجود غيرها، فهذه الحسنة المعللة ليس(١) بأقل من لان يحمل على نفي شدّة الكراهة، فمن أين يجيئ الشدة فيها؟ مع أنّ نفي البأس المعلّل بأن ليس لها طالب يدلّ على نفي البأس عنه بخصوصه، ولا ينافيه شيء بخصوصه.

نعم المجملات محمولة على الكراهة مع ماتقدم من الرّوايات وغيرها، مثل ماقال في الفقيه: وقال الصادق عليه السّلام: افضل مايستعمله الانسان في اللقطة اذا وجدها أن لايأخذها ولايتعرض لها (فلو-ثل) انّ الناس تركوا ما يجدونه لجاء صاحبه فأخذه، فان كانت اللقطة دون الدرهم فهي لك لا تعرّفه، فان وجدت في الحرم ديناراً مطلساً(٢) فهو لك لا تعرّفه، وان وجدت طعاماً في مغازة فقومّه على نفسك لصاحبه ثمّ كله، فان جاء صاحبه فردّ عليه القيمة، وان وجدت لقطة في دار وكانت عامرة فهي لاهلها، وان كانت خراباً فهي لمن وجدها(٣).

وهذه صريحة في عموم الكراهة، فعليه يحمل الباقي للجمع، ولايضرّ بذلك ارساله، وهو ظاهر، ولو كان قوله: (فان كانت الخ) من كلامه عليه السّلام لفهم منه أحكام أخر، مثل تحليل القليل، ولقطة الحرم في الجملة، وعدم الاحتياج الى الحاكم وغيره للتقويم، وغير ذلك، ولكن غير ظاهر.

ويحتمل ان يحمل الدرهم(٤) المطلس على أنّه علم إعراض صاحبه عنه فيه، لما تقدم، وعدم الصحة، فتأمّل.

---

(١) هكذا في جميع النسخ، والصواب ليست.

(٢) الدينار الأطلس الذي لأنقش فيه والمطلس مثله (مجمع البحرين).

(٣) الوسائل الباب ٢ من كتاب اللقطة الرواية٩.

(٤) الظاهر انه سهو من الناسخ، والا فى الرواية، ديناراً مطلساً.

والمدفون في ارض لامالك لها او المفاوز او الخربة، فهو لواجده.

وفي هذه دلالة ايضاً على عدم تحريم اللقطة عنده خلاف مانقل في الدروس، وفي حمل رواية عبدالرّحمن المتقدمة(١) على الكراهة دلالة على عدم الحكم بنجاسة مايوجد مطروحاً من الجلود مطلقا، فتأمّل، وكأنّه محمول على وجود القرائن، والعمل بها، والقول بترك القرائن ـولو كان كونه مجلد مصحف، وفي مسجدـ ليس بسديد، وقد مرّ البحث فيه، فتأمّل، ودليل استحباب الاشهاد ظاهر، فتأمّل.

قوله: والمدفون في ارض الخ. دليله صحيحة محمّد بن مسلم، عن أبي عبدالله عليه السّلام، قال: سألته عن الدار يوجد فيها الورق؟ فقال: اذا (ان ـخ) كانت معمورة فيها اهلها فهو (فهي ـخ) لهم، وان كانت خربة قد جلى عنها اهلها فالذي وجد المال أحقّ به(٢).

وما في صحيحته ايضاً عن احدهما عليهما السّلام، قال: سألته عن الورق يوجد في دار؟ فقال ان كانت الدار معمورة فهو لاهلها، وان كانت خربة فانت احقّ به(٣).

والظاهر ان لاخصوصيّة للورق أي الفضة، فغيرها كذلك، ولعدم الفرق، كأنّه بالاجماع، هذا في الخربة.

فكأنّه حمل عليه المفاوز، فانّ العلّة هي كونها خربة، وعدم اهلها فيها، كما هو الظاهر منها، بل المفازة أولى، اذا لخربة كانت معمورة مسكونة في بعض المدّة، الّا أنّه هلك وانجلى فيها اهلها، بخلاف المفازة، فانّها دائماً بلا اهل، وكذا الارض التي لامالك لها.

---

(١) راجع الوسائل الباب ١٢ من كتاب اللقطة الرواية٢.

(٢) الوسائل الباب ٥ من كتاب اللقطة الرواية١ وفيه عن أبي جعفر عليه السّلام.

(٣) الوسائل الباب ٥ من كتاب اللقطة الرواية ٢ وفيه فأنت أحقّ بما وجدت.

....

ومعلوم انّ هذا الحكم فيما اذا لم يعلم له مالك بالفعل معين ولا غير معيّن، والّا مع التعيين يجب دفعه اليه، ومع عدمه لقيط او مال موجود بيد شخص تعذر صاحبه، فيتصدق به مثل المال المجهول صاحبه، ويسمّى بردّ المظالم، وقد مرّ مثله مراراً، فتذكّر.

ومعلوم ايضاً أنّ المراد عدم العلم بملكية الخرابة، بل فهم ذلك ايضاً، والّا فيعرّف المالك فالمالك الى ان ينتهي الى العارف، فيأخذه، والّا فهو لواجده، وفي بعض العبارات يتصدّق به، هذا.

وقد فصلّه بعض العلماء مثل المصنف في التذكرة، بأنّه إن كان ماوجده في هذه المواضع عليه أثر الاسلام فهو لقطة، والّا فهو لواجده ويريدون بأثر الاسلام اسم النبي صلّى الله عليه وآله او احد حكام الاسلام، قيل ويجب عليه الخمس، والباقي للواجد، لأنه كنز.

وقيل دليل التفصيل الجمع بينهما وبين رواية محمّد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السّلام، قال: قضى عليّ عليه السّلام في رجل وجد ورقاً في خربة ان يعرّفها، فان وجد من يعرفها، والّا تمتع بها(١).

وهذه ايضاً تدل على جواز التسليم بمجرّد الدّعوى وبينهما منافاة على الظاهر، فحملت هذه على مافيه أثر الاسلام، والأوّلتان على عدمه.

وانت تعلم أنّه لابدّ لهذا التفصيل من موجب غير هذا، اذ يمكن الجمع بوجوه متعدّده.

وقيل وجهه أنّه اذا وجد فيه اثر الاسلام يعلم أنّه كان بيد مسلم، وظاهر اليد هو الملك، فعلم أنّه كان لمسلم غير معلوم فصار لقطة، اذ مال المسلم لايحلّ الا

---

(١) الوسائل الباب ٥ من كتاب اللقطة الرواية٥.

....

من طيب نفسه فلابد من التعريف ثم التملّك ان اراد.

وانت تعلم انّ مجرد ذلك لم يكف، اذ قد يحمل الأولتان(١) على مابعد التعريف، فان هذه مقيّدة به، بخلافهما(٢) فيجب التقييد، كما تقرّر، ولأنّه ما علم كونه اللقطة مشروطاً بالعلم بكونه ملكاً للمسلم (لمسلم-خ) بل لكل مال ضائع، ولو كان للكتابي او للمعاهد يكون كذلك.

نعم لو علم كونه للحربي الغير المأمون يمكن خروجه عنها، لجواز تملكه فيها (عندهم-خ)، بل يمكن ان يكون داخلاً فيها، ويكون ممّا لا يجب تعريفه كالقليل، وهو لقطة.

وما علم ايضاً كل مال مسلم غير معلوم هو لقطة، مثل المال المجهول صاحبه الذي يتصدق به له.

وايضاً اثر وصول يد المسلم غير منحصر في السكة التي ذكروها الّا ان يكون على طريق المثال.

وايضاً وصول يد المسلم ممنوع، لجواز أن عمله كافر ليعامل به المسلم.

ايضاً الظاهر انه مال المسلم الذي انجلى عنه او هلك، او باد، ولهذا شرط ذلك كونه في خربة، والّا فمال الكافر للواجد مطلقا، كمايفهم من التفصيل، وظاهر الرواية(٣) وكلامهم أنّه وان كان مال مسلم فهو لواجده.

وبالجملة هذا الجمع غير مناسب والحكم المذكور(٤) كذلك (لذلك-خ) لما مرّ.

---

(١) يعني صحيحتي محمّد بن مسلم.

(٢) أي بخلاف الاولتين.

(٣) راجع الوسائل الباب ٥ من كتاب اللقطة.

(٤) يعني المذكور في المتن.

....

ولعدم صحة رواية محمّد بن قيس(١) لالاشتراكه، لما عرفت غير مرّة، وانّما ينقل يوسف بن عقيل وعاصم بن حميد عن محمّد بن قيس الثقة(٢) خصوصاً كتاب قضايا اميرالمؤمنين عليه السّلام، فانّ في كتب الرجال مذكور (انّ ـ خ) محمّد بن قيس الثقة، له كتاب قضايا اميرالمؤمنين عليه السّلام يرويه عنه عاصم بن حميد، وهذه الرواية كذلك.

والحاصل انّا وجدنا قرائن شتى على أنّ محمّد بن قيس الذي طريق الصدوق اليه صحيح(٣) ـ ويروي الشيخ عنه بطريق يصل الى عاصم بن حميد، خصوصاً كتاب قضايا اميرالمؤمنين عليه السّلام ـ هو الثقة لاغير، وهو ظاهر لمن نظر في فهرست الشيخ والنجاشي واسناد الصدوق في الفقيه، وقد توجد الرواية عنه في النهاية بطريق بعينه هو مذكور في الفهرست عن عاصم بن حميد ومحمّد (فمحمد ـ خ) بن قيس هذا ثقة، وان كان ناقلاً عن الباقر عليه السّلام فقول في درايته(٤) ـ، كل

(١) راجع الوسائل الباب ٥ من كتاب اللقطة الرواية ٥.

(٢) سندها ـ كما في التهذيب ـ هكذا، الحسن بن محمّد بن سماعة عن صفوان عن عاصم بن حميد، عن محمّد بن قيس.

(٣) فانّ طريق الصدوق اليه كما في مشيخة الفقيه هكذا: وما كان فيه عن محمّد بن قيس فقد رويته عن أبي رحمه الله عن سعيد بن عبدالله عن ابراهيم بن هاشم عن عبدالرحمن بن أبي نجران، عن عاصم بن حميد عن محمّد بن قيس.

(٤) يعني زين الدين الشهيد الثاني قدّس سرّه، قال في درايته ماهذا لفظه: وكاطلاقهم الرواية عن محمّد بن قيس، فانّه مشترك بين اربعة، اثنان ثقتان وهما محمّد بن قيس الاسدي ابونصر، ومحمّد بن قيس البجلي ابوعبدالله، وكلاهما رويا عن الباقر والصادق عليهما السلام، وواحد ممدوح من غير توثيق وهو محمّد بن قيس الاسدي مولى بني نصر، ولم يذكروا عمن روى، وواحد ضعيف، وهو محمّد بن قيس ابواحمد وروى عن الباقر عليه السّلام خاصّة وامر الحجة بما يطلق فيه هذا الاسم مشكل، والمشهور بين اصحابنا ردّ روايته حيث يطلق مطلقا، نظراً الى احتمال كونه الضعيف.

ولكن الشيخ الطوسي ابوجعفر كثيراً مايعمل بالرواية من غير الثقات الى ذلك وهو سهل على ماعلم من ←

....

ماينقله محمّد بن قيس عن الباقر عليه السّلام فهومردود للاشتراك ـ غير واضح وهكذا (هذا ـ خ) كثيراً مايردّ الخبر لاشتراكه، ومن جملته هذه قال: في الجمع نظر، لانّ محمّد بن قيس مشترك ، فلا يعارض الصحيح حتى يحتاج الى الجمع، بل يطرح به، على انّ هذه الرواية غير صحيحة، ولو قلنا انّ محمّد بن قيس هو الثقة، لأنها نقلت في التهذيب عن الحسن بن محمّد بن سماعة، وقد قالوا انّ في طريقه اليه(١) حميد بن زياد، وقال انّه واقفي، والحسن ايضاً واقفي شديد العناد مع هذه الطائفة ومع أبي ابراهيم عليه السّلام، فيمكن ردّها لهذا، وهو كاف.

وقد عرفت الدّخل في وجه الجمع ايضاً، فلا يمكن جعلها موجباً لتخصيص الأوّلتين، بل ولو ضمّ الى اثر الاسلام كونه في بلد الاسلام، لما تقدّم.

وقال في التذكرة بعد حمل الأولتين(٢) ـ على ماليس فيه اثر الاسلام ـ: ولا ينافي ذلك رواية محمّد بن قيس، لأنها محمولة على ما اذا كان على الورق، اثر الاسلام، او على انّ المالك معروف.

وقد عرفت ما في الاوّل، والثاني ايضاً بعيد، اذ الغرض عدم مالك

حاله، وقد يوافقه على بعض الروايات بعض الاصحاب بزعم الشهرة.

والتحقيق في ذلك انّ الرواية ان كانت عن الباقر عليه السّلام فهي مردودة لاشتراكه حينئذٍ بين الثلاثة الذين احدهم الضعيف واحتمال كونه الرّابع، حيث لم يذكروا طبقته انتهى موضع الحاجة، من كلام راجع ص١٦٣ من الطبع الحجري سنة ١٣٠٩.

(١) طريق الشيخ الى الحسن بن محمد سماعة ـ كما في مشيخة التهذيب ـ هكذا: وما ذكرته في هذا الكتاب عن الحسن بن محمّد بن سماعة فقد أخبرني به احمد بن عبدون، عن أبي طالب الأنباري، عن حميد بن زياد، عن الحسن بن محمّد بن سماعة.

واخبرني ايضاً الشيخ ابوعبدالله والحسين بن عبيدالله، واحمد بن عبدون كلهم، عن أبي عبدالله الحسين بن البزوفري، عن حميد بن زياد، عن الحسن بن محمّد بن سماء.

(٢) يعني صحيحتي محمّد بن مسلم.

....

معروف، ولهذا قال: (ان يعرفها الخ) فكأنّه يريد، ان كان له مالك معروف والآن غير معروف ومعلوم، فيجب ان يعرّف حتى تعلم، وهو بعيد، مع أنّه قد يكون حينئذٍ مال مجهول أيس من صاحبه، فيتصدق به او يحفظه، كما مرّ غير مرّة، واستدللنا على الاوّل بالروايات الكثيرة، وفي هذا البحث (المبحث ـ خ) ايضاً، في متاع رجل كان مع يونس بن عبدالرّحمن، فما عرفه بعد ان وصل الى الكوفه وسأل الرضا عليه السّلام، فقال له: بعه وتصدق به(١) وقد مرّ مثله كثيراً في باب الزكاة والخمس وغيره(٢).

والحاصل أنّ ظاهر الروايتين(٣) هو التملك من غير تعريف وقيد، ولا منافاة بينها وبين شيء بخصوصه، وان نافاهما ظاهر بعض الروايات في اللقطة وغيرها، يمكن الخروج عنه بهما.

ويؤيّده اصل الاباحة وحصر المحرمات(٤)، وعدم ظهور مالك بالفعل، ولا العلم بأنّه كان في يد محترمه(٥) يمكن بقاء صاحبها الى الآن، فتأمّل واحتط.

ثمّ الكلام في الخمس، فان كان ممّا يصدق عليه احد الأمور المذكورة الموجبة للخمس مثل الكنز الذي يصدق على المدفون، فيمكن ايجابه، لدليل الخمس في المعادن، والّا فلا.

ولكن لم يظهر وجوبه فيما وجد في الخربة والمفازة، الّا ان يقال بعموم

---

(١) راجع الوسائل الباب ٧ من كتاب اللقطة الرواية٢.

(٢) راجع الوسائل باب٧من كتاب اللقطة حديث١٧ ص٣٥٧.

(٣) يعنى صحيحتي محمّد بن مسلم.

(٤) لعلّه اشارة الى قوله تعالى: قل لاأجد فيما اوحي الي محرّماً على طاعم يطعمه الّا ان يكون ميتة او دماً مسفوحاً الآية الانعام١٤٥.

(٥) في بعض النسخ يد محترم، والصواب ماأثبتناه.

ولو وجده في داره او صندوقه المختصين (المختصّ-خ) بالمتصرف (بالتصرف-خ) فهو له، والمشترك لقطة.

الخمس في كل ماغنم ويقع بيده، ولم يقل به الموجب هنا، وقد مرّ البحث فيه في الخمس فتذكر وتأمّل.

ثم انّ عموم المتن ونحوه من العبارات ظاهر في عدم التخصيص بما ذكره في التذكرة ونحوها، وما ثبت المقيد الّا من جهة الخمس على الوجه الذي مرّ، او ثبت حكم عموم اللقطة بحيث يشملها ولا يمكن تخصيصها، فان فرض ذلك، وثبت، يكون حكمه حكم اللقطة.

وبالجملة مجرّد اثر الاسلام وكونه في بلاد الاسلام، لا يدلّ على كونه لقطة، ولا على كونه ملكاً لمن يجب ردّه اليه والى الآن باق على تلك الحالة، اذ الاصل عدم ذلك، ومعلوم أنّه علم بالقرائن أنّه خرج عن ملك اوّل من وصل الى يده في خربة باد اهلها مثل الكوفة الآن، بل يمكن ان يكون الى الامام عليه السّلام، وهو ظاهر، فان ذلك لمن يعرف، بل يحكم بحفظه له او التصدق على مساكين البلد او أنه مباح للشيعة.

قوله:ولو وجده في داره او صندوقه الخ. دليله صحيحة جميل بن صالح -الثقة- قال: قلت: لابي عبدالله عليه السّلام: رجل وجد في بيته (منزله-يب ئل) ديناراً، قال: يدخل منزله غيره؟ قلت: نعم كثير. قال: هذه لقطة، قلت: فرجل قد وجد في صندوقه ديناراً قال:يدخل احد يده في صندوقه غيره او يضع فيه شيئاً؟ قلت: لا، قال: هو له(١).

وهذه تدل على حكم الدار المختصّة بالمفهوم، والمشتركة بالمنطوق، وفي الصندوق بالعكس.

---

(١) الوسائل الباب ٣ من كتاب اللقطة الرواية١.

ولايملك الا بعد التعريف حولاً، ونية التملك، وان بقيت احوالاً.

والظاهر عدم الاختصاص بالصندوق والبيت، بل يعمهما (معهما-خ).

وكأنّ المصنف عبّر البيت بالدار اشارة الى عدم الاختصاص، فالحكم جار في كل مشترك محتمل، ومختص غير محتمل إلّا له، وان لم يعرف ولم يعلم أنّه له، الّا ان يعلم عدم كونه له فيتّبع.

وايضاً الظاهر (ظاهره-خ) ان التعريف حينئذٍ للمشتركين -ومن يحتمل كونه لهم- على وجه الاعلام لا تعريف اللقطة، وهو ظاهر.

واعلم أنّ المختصّ والمشترك صفتان للدار والصندوق لكل واحد واحد، وكأنّ التذكير للتغليب، او صفتان للصندوق وحده وحذف صفتها للدار للظهور اكتفاء بالمذكور، اذ ماثبت كون الدار عنده مقتضياً لكونه صفة مؤنثاً، والأمر في ذلك هيّن.

قوله: ولا يملك الا بعد التعريف الخ. اشارة الى شرائط اللقطة، وهو التعريف سنة، لما تقدم، وقصد التملك، كما مرّ فلا يملك قبل السنة ولابعدها قهراً، بل لابدّ من نية التملّك، وقد مرّ.

ولكن الظاهر أنّه لايحتاج الى اللفظ، للاصل، وظاهر الروايات، بل ظاهرها بغير النيّة، ولكن اعتبرت، كأنّه بالاجماع او غيره، كما مرّ.

ويفهم من التذكرة الاحتياج، حيث قال: اعتبرنا في تملك اللقطة النيّة، واللفظ الخ.

وقال بعده ايضاً، ثم نوى التملك ويملك باللفظ الخ.

وقال في موضع آخر: كلّما جاز التقاطه يملك بالتعريف حولاً اثماناً او عروضاً عند علمائنا أجمع.

وغرضه هنا الاشارة الى ردّ الخلاف بالفرق بين العروض والاثمان،

ولا يضمن الّا بنيّة التملك، او التعدي.

ولو دفع الى الحاكم، فباع، دفع الثمن الى الملتقط، ان طلبه.

وهي امانة في الحول.

فتأمل.

قوله: ولا يضمن آلا بنيّة التملّك الخ. يعني اللقطة لا تضمن الّا بقصد التملك في أي وقت كان، وكذا يضمن لو لم يقصد التملك وحفظه على أنّه امانة، ثمّ تعدىّ في الحفظ.

والمراد به هنا ترك مايجب وفعل مايحرم ممّا يوجب الضمّان.

ويشكل الحصر بأنّه اذا تصدّق ايضاً يضمن ويمكن ان يقال المراد مع بقائه عنده لايضمن الّا على أحد الوجهين او الضمان الحتمي، وفي التصدق(١) يحتمل الضمان بان لايرضى، وعدمه ان رضي، فتأمّل.

قوله: ولو دفع الى الحاكم الخ. وجه دفع الثمن الى الملتقط له ولاية فلا ينبغي اخراجه عنها من غير ظهور خيانة، ولأنّه انّما يتصدق او يتملّك بعد التعريف، وبالجملة مازال ولاية الالتقاط وحكمه عن الملتقط بالبيع، بل انتقل من المبيع الى الثمن، الّا أنّه لابد ان يعرّف المبيع كما مرّ، وانما دفع اليه للبيع، أذ ليس له ولاية البيع، فان الحاكم هووكيل الغائب عندهم على الظاهر، فقوله: (ولو دفع) اشارة الى وجوب البيع باذنه، كما مرّ من كلام التذكرة مع التأمّل.

قوله: وهي أمانة في الحول. وذلك معلوم حيث اخذه بأمر الشرع وحفظه ايضاً في الحول كذلك باذنه، فلا ضمان الّا مع التعدي.

ويفهم من التذكرة أنه لو ترك التعريف ايضاً كان أمانة، وكأنّ وجهه أنّ هذا المال أمانة، ولو فعل الأمين حراماً لم يكن متعدياً في الامانة ولم يخرج عنها.

---

(١) في النسختين المخطوطتين، الصندوق بدل التصدق، والصواب ماأثبتناه.

والزيادة فيه للمالك. ولايضمن الا بالتفريط وبعده كذلك، ان لم ينو التملّك، فان نواه ضمن، والزيادة المنفصلة له.

ويمكن ان يقال: هذا تفريط في الأمانة، اذ قد يعلم المالك بتعجيل التعريف(١) ويفوت عنه بالترك، فكأنّه ترك الحفظ والتعليم الى المالك.

ولو قيل انّ التعريف فوريّ لاشك في ذلك، وقد مرّ البحث في ذلك ايضاً.

و(قد ـ خ) علم ايضاً كونه مضموناً بعد الحول ونيّة التملك ممّا سبق، فتذكر.

قوله: والزيادة فيه للمالك الخ. وهو ظاهر متصلة كانت او منفصلة، لأنه نما وملكه، مادامت العين باقية على ملكه، وهو قبل التصدق ونيّة التملك كذلك، فيكون النّماء له، بخلاف النماء المنفصل بعد النيّة، فانّه للملتقط، وان كان ضامناً، ويرجع الملك الى مالكه بعدالوجدان،لأنّ الملك كان للملتقط الى ان يجد المالك ويطلب، ووجود المالك وطلبه ليس بمبطل للملك السابق، بل موجب للانقطاع دون المتصل حينئذٍ.

ولكن(٢) وجوب ردّ المثل او القيمة لا العين، مشعر بكونه ينبغي أن لايكون حينئذٍ النماء المتصل ايضاً بعد التملك والضمان للمالك، بل للملتقط، لأنّه نماء ملكه، ولايجب ردّه كالقرض، فقيد المنفصلة محلّ تأمّل، وكذا قوله: (ولا يجب دفع العين) مع أنّه لايلائم قيد المنفصلة، فتأمّل.

وايضاً لايلائم توسط (الّا بالتفريط) وكان ينبغي تقديم (لايضمن الا بالتفريط) على قوله: (والزيادة) او تأخيره عن قوله: (وبعده كذلك ان لم ينو

---

(١) في النسختين من النسخ المخطوطة: بتعجيل التفريط، والصواب ما اثبتناه.

(٢) في النسختين من النسخ المخطوطة: ويمكن وجوب ردّ المثل، والصواب ما اثبتناه.

ولا يجب دفع العين مع المتصلة.

التملك) بل ماكان يحتاج اليه الّا الى قوله: (وان فان نواه ضمن) لماتقدّم عن قريب، وكأنّ الاعادة للاشارة الى ضمان الزيادة.

قوله: ولا يجب دفع العين الخ. قد مرّ البحث ايضاً في الجملة، وهو الظاهر من التذكرة ايضاً.

قال في التذكرة: ولو لم يدفع العين الملتقطة، فالاقرب أنّه ليس للمالك انتزاعها، لأنّها قد صارت للملتقط، فلا تنتقل عنه الّا بوجه شرعي كالقرض (فانّه ـ خ) ليس للمقترض بعد تملك المقبوض الرّجوع في العين، وهو احد وجهي الشافعية، والثّاني ـ وهو الأظهر عندهم ـ أنّ له انتزاع العين الخ.

وفيه تأمّل، فانّ الظاهر وجوب ردّ العين مع الوجود، والّا القيمة او المثل، فانّ دليل وجوب الردّ هو بطلان التملك حين وجدان المالك والمطالبة، وذلك يقتضي وجوب ردّ عين المال مع النماء المتصل، فاذا ثبت الردّ، ثبت ردّ العين، فانّه المقتضي للدليل.

ودليل التذكرة يقتضي عدم وجوب ردّ العوض ايضاً، فتأمّل.

وبالجملة ظاهر الاخبار دفع العين على ايّ وجه كانت.

نعم لو كان هناك نماء منفصل، يمكن ان يكون للملتقط، لأنّه نماء ملكه، من غير نزاع واشكال، كالقرض.

وقال في التذكرة: اذا زادت اللقطة بعد تملك الملتقط بها، ثم جاء المالك، فان كانت الزيادة متصلّة تبعت العين، واخذها المالك وزيادتها، لأنّ الزيادة المتصلّة تتبع العين في الردّ بالعيب وفي الاقالة، فكذا هنا، لأنّها انما تبعت هناك، لكونها بمنزله الجزء من العين، وهذا المقتضى موجود هنا، وان كانت الزيادة منفصلة فهي للملتقط خاصّة، ويأخذ العين المالك مسلوبة الزيادة، كالولد والثمرة، لأنّ الزيادة نمت على ملك الملتقط، وهي مميّزه غير تابعة للعين في الفسوخ.

بل المثل او القيمة وقت الانتقال.

ولايضمن المولى بتفريط العبد، ولو اخذها المولى، او أمره بالالتقاط، ضمن.

ولايجب الدفع بالوصف، وان خفي، فلو ردّها به ضمن، ان اقام غيره البينة، ويستقرّ الرجوع على الآخذ، ان لم يكن اعترف له بالملك.

هذه كالصريحة في عدم ردّ المنفصلة مع ردّ العين، كما قلناه.

قوله: وقت الانتقال. اشارة الى أنّه عليه قيمة يوم تملّك الملتقط له لاوقت الوجدان، لأنّ ذلك الوقت انتقل عن ملك المالك، ولزم العوض على الملتقط للمالك، فتأمّل.

قوله: ولا يضمن المولى الخ. وجه عدم ضمان المولى بتفريط عبده ظاهر، على تقدير عدم اذنه.

وكذا يحتمل على تقدير الاذن فانّه ما اذن له في التفريط، بل وعلى تقدير الاذن ايضاً لايلزمه، غاية الأمر أنّه فعل قبيحاً.

وعلى تقدير ضمانه ينتظر حتى ينعتق، كبعض الضمانات عليه ولكن قوله: ـ(ولو اخذها المولى او أمره بالالتقاط ضمن)ـ مشعر بضمان تفريط العبد مع الاذن بالالتقاط له، فيكون الاوّل مخصوصاً بما اذا لم يؤذن.

ولعل وجهه انّ الاذن في الالتقاط مستلزم لالتزامه لوازم الالتقاط،فكانه الملتقط والمفرّط، فتأمّل.

ولكنّ الاصل يقتضي العدم واللزّوم ممنوع، فانّ المأذون في التجارة اذا فرط لم يضمن المولى.

قوله: ولا يجب الدفع بالوصف الخ. قد مرّ أنّه يجوز ولايجب، ولكن على

ولو اقام كل منهما بيّنة، اقرع مع عدم الترجيح.

فان كان دفعها بالبينة، وحكم الحاكم الى الاوّل، لم يضمنها للثاني، والّا ضمن.

ولو تملك بعد الحول، ثم دفع الى المدعى بالبينة العوض، ضمن للثاني على كل حال، ويرجع على الاوّل.

تقدير الجواز يضمن للمالك ان جاء واثبت كونه له، ويستقر المدفوع على الأخذ اوّلاً يعني يرجع اليه الملتقط ان يعترف(١) بأنه صادق وانّه له.

قوله: ولو اقام كل بيّنة الخ. الحكم بالقرعة ـ مع البينة من الجانبين وعدم الترجيح بالمرجحات المقرّره ـ ظاهر، وكذا الترجيح بها.

قوله: فان كان دفعها بالبيّنة الخ. أي ان كان دفع الملتقط اللقطة الى الاوّل بالبينة، وحكم الحاكم له بها، لم يضمنها للثاني، وهو ظاهر، وأمّا لو اعطاه اياها بغير ذلك ـ ولو كان بالبيّنة بدون حكم الحاكم ـ يضمن للثاني، اذ لم يكف للوجوب عندهم البيّنة مطلقا، بل لابدّ من ضمّ حكم الحاكم اليها في الاحكام، الّا ما استثنى مثل الهلال، وسيأتي تحقيقه، ومرّت الاشارة إليه، وامّا بدون البيّنة فقد مرّ أنّه يضمن.

ولو اعطى بالوصف المخفّي على غير المالك، مع جواز اعطائه حينئذٍ اوبيّنة واحدة عدل مفيدة للظنّ الغالب، وقد جوّز الاعطاء حينئذٍ على الاحتمال في التذكرة لحصول الظنّ.

قوله: ولو تملك بعد الحول الخ. يعني اذا مضى الحول مع التعريف وحصل جواز شرائط الملك فتملّك، ثم جاء شخص ادّعى كونه له، وأثبت بالبينة،

---

(١) هكذا في النسخ، ولعلّ الصواب، ان اعترف.

....

فالظاهر عموم الكراهة وعدم تملك القليل والكثير في الحرم على القول لكراهة لقطة الحرم والاّ فيحرم فيه ويكره في غيره، لمامرّ، وان ثبت جوازتملكه في غير الحرم بالدليل، والاّ يمنع هناك ايضاً، فتأمّل، ركأنّه ترك للاجماع.

وما روي في الصحيح، عن الفضل بن غزوان، قال: كنت عند أبي عبدالله عليه السّلام، فقال له الطيّار: انّ ابني حمزة وجد ديناراً في الطواف قد انسحق كتابته، قال: هو له(١).

لجهل حال الفضل بن غزوان.

وماروي في الصحيح، عن محمّد بن رجاء الخيّاط، قال: كتبت اليه انّي كنت في المسجد الحرام فرأيت ديناراً فاهويت اليه لآخذه فاذاً انا بآخر ثم بحثت الحصى، فاذاً انا بثالث، فاخذتها فعرفتها، فلم يعرفها احد فما تأمرني في ذلك جعلت فداك ؟ قال: فكتب اليّ قد فهمت ماذكرت من أمر الدينارين تحت ذكرى موضع الدينارين، ثم كتب تحت قصة الثالث، فان كنت محتاجاً فتصدق بالثلث، وان كنت غنياً فتصدق بالكلّ(٢).

اذ حال محمّد غير ظاهر، مع المكاتبة، وعدم ظهور المكتوب اليه اماماً، وعدم القائل بها، وامكان التأويل، فانّه مع الحاجة يكون بمنزلة التصدق، فيكون دليلاً على جواز ملقوط الحرم لنفسه، (و ـ خ) في مقام التصدق، وذلك غير بعيد، كما في الكفّارة وقد تقدمت الرواية في ذلك، في الصوم، فتذكر وتأمّل.

ويمكن حملها ـ مع كونها غير صحيحتين ومهجورتين ـ على علمه عليه السّلام بجواز ذلك للواجد، بان يكون له على صاحبه حقّ يستحقه ذلك، او يكون له

---

(١) الوسائل الباب ٥ من كتاب اللقطة الرواية٤ وفيه، الفضيل بن غزوان، ورواها ايضاً في الباب١٧ من ذلك كتاب الرواية١.

(٢) الوسائل الباب١٦ من كتاب اللقطة الرواية٢.

....

عليه السّلام: فبعه وتصدق بثمنه على اهل الولاية(١).

ولو كان قائلاً به ماكان للقول به بأس، كما تقدم في المال المجهول، وهو مؤيّد لأخذ ماوجد في الخربة ونحوها والصندوق، فتأمّل.

ويمكن حمل البعض على مثله، وغير ذلك، فتأمّل.

وايضاً تدل على جواز اخذ ما في بطن الحيوانات بعد تعريف البائع -صحيحة عبدالله جعفر الحميري- في الفقيه، قال: كتبت الى الرّجل عليه السّلام أسأله عن رجل اشترى جزوراً او بقرة او شاة (او غيرها-خ) للاضاحي، فلما ذبحها وجد في جوفها صرّة فيها دراهم او دنانير او جواهر او غير ذلك من المنافع، لمن يكون ذلك، وكيف يعمل به؟ فوقّع عليه السّلام: عرّفها البائع فان لم يعرفها، فالشيء لك رزقك الله اياه(٢).

وكأنّ هذه دليل ماذكروه في الارض المبتاعة ايضاً، فينبغي تعريف البائع فالبائع الى المعلوم، وان كان المذكور في الرواية البائع الاخير فقط.

واستشكل في القواعد تتبع البائع فالبائع، والاصل والرواية ينفيه، ولاشكّ أنّه الأولى، فان علم بأن ادّعى أحد ذلك سلّم اليه ماوجد في ملكه، بغير بينة ولايمين وامارة، لظاهر اليد الدالة على الملكية، وظاهر الرواية المتقدمة.

وكأنّها دليل مايوجد في بطن سمكة، ففيها يحتمل التملك من غير تعريف، على مذهب من يقول باعتبار النيّة في تملك المباحات اذا كان ممّا صيدت.

وأمّا اعتبار النيّة(٣) لو كانت في ملك البائع فيكون حكمها حكم البقرة

---

(١) الوسائل الباب ٧ من كتاب اللقطة الرواية ٢ وفيه كما في الفقيه، قال: سألته عليه السّلام في كتاب عن رجل الخ.

(٢) الوسائل الباب ٩ من كتاب اللقطة الرواية ٢.

(٣) في النسختين المخطوطتين البيّنة بدل النيّة.

....

وكذا في الغزلان، ونحوه.

ولا شك أنّ الاولى والأحوط هو مضمون الرواية، اذ قد يكون صيداً واكل في ملكه بعد قبضه شيئاً او قصد تملك مافي جوفها ايضاً، او يكون تابعاً مثل بعض مافي بطنها من الأشياء.

وعموم الرواية للبقر يشمل البقر المصيد من البرّ وغيره.

وايضاً علّم عدم الفرق بين وجود اثر الاسلام فيه وعدمه، فهي مؤيّده لمّا تقدم من عدم الاعتبار فيما قدمناه، فيما وجد في الخربة والمفازة، فتذكر.

والظاهر أنّه لم يجب الخمس في مثله ولا تعريفه، ولم يكن حكمه حكم اللقطة، وان كان فيه اثر الاسلام، لظاهر الرواية والاصل، وقد منع انه وقع بيد المسلم، لما تقدم فيما يوجد في المفازة، وكأنّه لاخلاف فيه.

قال في التذكرة: ويحتمل ان يكون لقطة، ولكن علمائنا على الاوّل، على أنه أحق بعد تعريف البائع فقط، فالخلاف من الناس (الثاني-خ) يخالف الرواية، وقول علمائنا، بل يتملك في الحال، ولم يعلم اعتبار نيته حينئذٍ، بل ظاهر الرواية عدمه ويمكن عدم التملك قهراً للاصل، ويجوز امساكه لان يوجد المالك.

ويحتمل ان يكون عدم قصد العدم او مايستلزمه شرطاً، او يكون ماله ويحفظه لان يوجد المالك تبرّعاً، والظاهر أنّ حكم سائر التملك كالبيع.

«المقصد العاشر في الغصب»

وفيه مطلبان

الاوّل في اسباب الضمان.



المقصد العاشر
في
«الغصب»

قوله: في الغصب: قال في التذكرة الغصب أخذمال الغيرعلى جهة التعدي، وقيل: الاستقلال باثبات اليد على مال الغير عدواناً، وقيل: الاستيلاء على مال الغير، وهو اعم من الأول (الاولين-خ)، وقيل: الاستيلاء على مال الغير بغير حق، ولاحاجة الى التقييد (بالعدوان) بل يثبت الغصب وحكمه من غير عدوان، كما لو اودعه (اودع-خ) ثوباً عند انسان ثم جاء واخذ ثوباً للمستودع بظنّ (على ظنّ-خ) أنّه ثوبه، وهذا أعمّ من الأوائل(١).

لعلّ المراد بالاستقلال عدم مشاركته مع المالك اوالمتصرف بالحق والاذن كالمستأجروالجالس في الوقف ونحوه، وان كان ظاهر العبارة لايفيد ذلك، بل يعتبر

---

(١) التذكرة ج٢ ص٣٧٣. وزاد فيها بعد قوله: بظنّ أنّه ثوبه، او لبسه المستودع على ظنّ أنّه ثوبه.

....

عدم شركته معه في اثبات اليد عدواناً(١) ويكون عادياً وحده.

وايضاً الظاهر أنّ العدوان والتعدي يعتبر فيه كون الفاعل ظالماً وآثماً، ولهذا لايرخص العادي لأكل الميّت في حال الاضطرار.

فالظاهر أنّ التصرف في مال الغير غلطاً ونسياناً لايسمى عادياً ولا غاصباً، والفرق بينه وبغير حق(٢) واضح، لانّ كلاهما يصدق في المثال المذكور، ويوجدان مع عدم الاثم وضع اليد.

بل يمكن ان يقال: ظاهر (بغير الحق) ايضاً لم يشمل صورة الخطأ والنسيان، مثل المذكور، فانه غير ممنوع شرعاً بل مأذون شرعاً للمتصرف (التصرف ـ خ) بناء على ظنّه، مالم يظهر خلافه، كالظانّ للطهارة والواطيء للشبهة غير زوجته، فانّهما مأذونان بالدخول، بل مأموران فكيف يكون بغير حقّ.

وايضاً لابدّ ان يعتبر في الاستقلال الاستيلاء ايضاً، أي الاستقلال (الاستعلاء ـ خ) والتسلط حتّى يكون أعمّ منه مطلقا، ومعلوم أنّ مطلق التصرف ووضع اليد ـ ولو كان بالاستقلال ـ ليس باستيلاء.

ويعلم الاستيلاء من مواضع من التذكرة، قال فيها: ولو دخل دار غيره او بستانه لم يضمن بنفس الدّخول من غير استيلاء، سواء دخلها باذنه او بغير اذنه وسواء قصد ذلك او ظنّ أنها له الخ.

وكأنّه يريد بـ(الأوّل)(٣) ماتقدم من التعريفين، وكأنّه لقرب مضمونها قال: الاوّل، وكان الأولى الأولين (الأولى ـ خ) الاّ أن يريد الأوّل فقط.

وايضاً ليس بواضح وجود الغصب ولا حكمه مطلقا، قال في المثال

---

(١) في النسختين المخطوطتين، بعد قوله: في اثبات اليد واما ان يكون عادياً وحده.

(٢) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب وبين غير حق.

(٣) المراد منه ماقاله قدّس سرّه في اوّل المبحث من قوله: وهو أعمّ من الاوّل.

....

المذكور: وكذا لولبس الثوب المستودع بظنّ أنّه له على ما اصابه الشيخ علي في شرح القواعد، لما مرّ، وأنّ (لأنّ ـ خ) الودّعي أمين، ولايخرج عنه الّا بالتعدي والتفريط، أي جعل مالايجوز او ترك مايجب، وليس هذا بشيء منها.

وظاهر أنّ في الأخذ ليس بغاصب يجرى عليه حكم من الضمان مطلقا وأخذه بأشقّ الأحوال، وكونه ضامناً للأُجرة ونحوها.

وايضاً ان ليس المراد بالمال هوعين المغصوب منه، بل أعمّ، حتّى يجري الغصب في الوقف ونحوه.

وايضاً معلوم أنّه ليس كلّ ضامن غاصب، كما صرّح في القواعد والمتن، فلا يضرّ عدم شمول التعريف لبعض الضمانات، الا مع تحقق الغصبيّة وعدم جواز التعريف بالأعم، ولو كان لفظياً وكون الغصب كافياً للضمان، اذ قد يقال: يمكن أن يكون له شرط آخر، فتأمّل.

واذا تأملت ماذكرناه لعلّك تجد عدم ورود بعض المناقشات على التعريفات المذكورة وورود غيرها، ولكن ذلك غير مهم، انّما المهم تحقيق معنى الغصب الموجب للضمان.

اعلم أن الفقهاء رتّبوا على الغصب احكاماً مخصوصة من الضمان على وجه خاصّ وغيره، فهو قسم خاصّ من الاقسام الموجبة للضمان الخاصّ، ولهذا قالوا إنّه حرام وموجب للضمّان بالكتاب والسّنة(١) والاجماع، وليس كلّ أسباب الضمان

---

(١) اما الكتاب فهو قوله تعالى، ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل. النساء٢٩.

وقوله تعالى: ولا تعتدوا إنّ الله لايحب المعتدين. المائدة ٨٧.

وقوله تعالى: والسارق والسارقه فاقطعوا ايديهما. المائدة ٤٨.

وأمّا الاخبار فمن العامّة لايحلّ مال امرء مسلم الّا بطيب نفس منه (كنزالعمال ج١ ح٣٩٧).

ومن الخاصّة ماعن الصادق عليه السّلام عن آبائه عن النبي صلّى الله عليه وآله في حديث المناهي .قال: ←

....

كذلك.

الكتاب آية السرقة(١) ونحوهاممّا يدلّ على تحريم الظلم، والاخبار كذلك من الخاصّة والعامّة(٢) والاجماع اتّفاق الأمّة، مع أنّه ليس موارد مخصوصة في الكتاب والسّنة الّا قليلاً من السّنة، وليس له معنى شرعيّ منقول من الشارع: وهو ظاهر متفق عليه، بل انّما هو اصطلاح الفقهاء، ولهذا وقع فيه الخلاف، فيمكن ان يكتفى فيه بما يفهم من اللّغة، وما ثبت له من الاحكام اليقينيّة، لأنّ الاصل عدم النقل وعدم ثبوت حكمه الّا ماثبت فيه بالاجماع والنصّ ممّا يفيد اليقين او الظنّ المعتبر شرعاً.

فيمكن ان يقال: هو أخذ الشيء ظلماً، وهو التعريف الاوّل من التذكرة، فتأمّل بل ان يعرّف باخصّ منه، بأن يأخذ معه قيد الاستيلاء والقهر، اذ في العرف لايسمّى السارق في الخفيه ضعيفاً أنّه غصب، فان الغصب يعتبرون (يعتبر ـ خ) معه استيلاء وغلبة ظاهراً وذلك الاحكام مشتركة اذا وجد الظلم، سواء وجد القهر والغلبة ام لا، على الظاهر، فتأمّل.

قال في القاموس: غصبه أخذه ظلماً، والمراد بالأخذ في التعريف القبض عندهم الذي يعدّ اثبات يد وتصرّفاً موجباً للقبض والضمان، كماسيجيء تفصيله أنّه في المنقول، وكذا في غيرذا (غيره ـ خ) كذا.

من خان جاره شبراً من الأرض جعله الله طوقاً في عنقه من تخوم الأرض السابعة حتى يلقى الله يوم القيمة مطوّقاً الّا ان يتوب ويرجع (الوسائل كتاب الغصب الباب١ الرواية٣).

وفي الرواية٤ من هذا الباب عن صاحب الزمان عليه السّلام، قال: لايحلّ لأحد ان يتصرّف في مال غيره بغير اذنه وغيرهما ج١٧ ص٣٠٩ وراجع كتاب الدروس ايضاً كتاب الغصب ص٣٠٦ وكتاب الغصب من التذكرة ج٢ ص٣٧٣.

(١) وفي بعض النسخ المخطوطة، الّا كتاب آية السرقة وفي بعضها الا كتاب آية السرقة.

(٢) وفي النسختين المخطوطتين وإن صار كذلك والصواب ماأثبتناه.

وهي ثلاثة مباشرة الاتلاف للعين، او المنفعة، كقتل الحيوان، وسكنى الدّار.

وقد مرّ (فسّر-خ) ايضاً المراد بالظلم، التعدي عن الحدّ الشرعي الذي هو قبيح وحرام عقلاً ونقلاً، وموجب للّعن والغصب، كما يدلّ عليه القرآن والحديث، وبالجملة ماانتعب في تحقيق معناه اذ غير وارد في الشرع(١) بحيث يكون الحكم الواضح المقرّر متعلق(٢) به، فمع تحققه يتحقق، ويتبيّن الأمر، بل لابدّ من تحقيق معناه ان نتعب في استخراج حكمه، وذلك كاف وقد مرّ مثله في تحقيق الجهة، كما لايحكم بثبوت حكمه ألّا فيما ثبت ذلك الحكم بالدليل، فان كان دليل غير كونه غصباً، فلا يحتاج الى تحقيق الغصب، وان كان في موضع مجرد كونه غصباً فيقتصر بما قدّمناه من تعريفه، فان وجدنا صادقاً عليه تحقيقاً ـ وعلمنا ان حكم الغصب بالدليل حكم الغصب ـ حكمنا به فيه، والا رجعنا الى اصل عدم كونه غصباً وعدم زيادة حكم في الغصب، الّا ماثبت، فتأمّل.

قوله: وهي ثلاثة مباشرة الخ. يعنى اسباب الضمان المطلق التي يترتّب عليه الضمان في الجملة الذي احد اسبابه الغصب الذي هو المقصود بالبيان لأنّه عظيم كثير والبحث عن غيره استطراديّ.

اوّلها مباشرة الاتلاف، أي مباشرة شخص اتلاف المضمون بأن(٣) يباشر اخراجه عن الانتفاع بالمرّة، اوعمّا كان عليه، فنقص انتفاعه و(أو-خ) نفعه، او قيمته، او بعض من عتقه(٤) **مثل من قتل شخصاً بنفسه بالسيف اورمى بالسهم فقتله.**

والظاهر ان لاخلاف في كونه موجباً للضمان مطلقا، سواء كان عمداً او

(١) في النسختين من النسخ، وغير وارد في الشرح، والصواب ماأثبتناه.

(٢) هكذا في النسخ، والصواب، متعلقاً به.

(٣) في النسختين من النسخ المخطوطة: وبان يباشر.

(٤) في بعض النسخ المخطوطة، بعض من غصبه.

والتسبيب، وهو فعل ملزوم العلّة، كحفر البئر في غير الملك.

خطأ عالماً او جاهلاً، من غير ان يكون مالاً مملوكاً ماذوناً في اتلافه، مثل اكل طعامه وذبح شاته باذنه، وسواء كان اتلاف عين كقتل حيوان شخص محترم او اتلاف منفعة بأن أخذ انتفاع عين مثل ان سكن دار شخص بغير اذنه.

الثاني السبب، بان يكون سبباً بعيداً للاتلاف، وقيل هو فعل ملزوم للعلة المتلفة وهو فعل المباشر أي مباشرة الاتلاف كحفر البئر في غير ملكه من غير اذن، فانّه ملزوم القاء المتلف، هو علّة التلف القريبة.

اعلم أنّ الملزوميّة غير ظاهرة، انّما الظاهر كونه موقوفاً عليه للعلة، وأنّها لم يتحقق الّا بعد تحققه، لا أنّه لازم لوجوده، فانّه معلوم عدم استلزام الحفر للتردّي، الالقاء.

لعل المراد بالملزوميّة ذلك المقدار فقط، اذ لا يحتاج الى شيء بعد وجوده الّا المباشرة، فتأمّل.

وقد نقل عن شرح المتن، أنّه زيد على ذلك قصد ألتوقع تلك العلة واعترض بأنّه لم يصدق الّا على غاصب تقدم طعام الغير الى الآكل، وأول بأن المراد شأنه ان يقصد.

ولا يخفى عدم الحصر (و-خ) في عدم الاحتياج الى هذا القيد مع التأويل، وعدم الصحّة بدونه، ونحن مانقدر على الفهم المذكور في المتن فكيف مع الزيادة، وقد عرفت بأنّه فعل مايحصل عنده التلف، لكن لعلّة اخرى، ولفظة (عنده)(١) غير مناسب، والّا فهو تعريف لابأس به.

على أنّه (٢) بنى الشهيد رحمه الله وجه عدم الضمان في كثير من المسائل بين

---

(١) يعني في قوله: مايحصل عنده التلف.

(٢) والظاهر ان مراده قدّس سرّه وان كانت العبارة قاصرة عنه، أنّ الشهيد رحمه الله تعالى فرق بين الذوبان بحرارة الشمس والقلب بالهواء وبين المنع من الجلوس على البساط ونحوه بالضمان في الأوّل وعدمه في الثاني معلّلاً بانه ماقصد حصول العلة في الثاني حيث قال: ولو منعه من العقود على بساطه او من امساك دابّته ←

وطرح (ترك ـ خ) المعاثر في المسالك، والقاء الصبي، أو الحيوان العاجز عن الفرار، في مسبعة، وفك قيد الدابة، والعبد المجنون، وفتح قفص الطائر، وان تأخر طيرانه.

ودلالة السرّاق.

الذّوبان بحرارة الشمس والقلب بالهواء والمنع من الجلوس على البساط ونحوه، بأنّه ماقصد حصول العلّة.

الثالث قصر القصد(١) الذي تقدّم، وسيجئ في الكتاب.

وأعلم أنّ بين هذه الاسباب عموماً وخصوصاً من وجه، بحسب التحقيق، ويمكن الشأن بحسب الحمل(٢)، فتأمّل.

ومن الاسباب المعدودة، طرح مايلزق منه الشيء، في المسالك، سواء كان عامّاً او خاصّاً بارباب الزقاق، وكذا القاء الصبي او المجنون العاجز من الفرار في مسبعة، ويمكن ان يكون الكبير القادر ايضاً كذلك، ان عجز عن الفرار اتّفاقاً، ويمكن ادخاله تحت العاجز، وكذا فك قيد الدابّة فانهزمت وضاعت وتلفت، وكذا فك قيد العبد المجنون، وكذا فتح قفص الطائر، وان لم يطر في الحال، بل بعده.

والظاهر أنّه في هذه الحالات لو تلفت ماتقدم بغير الجهة التي فعل السبب، مثل ان مات الطير بعد فكّ قفص الطائر، او مات العبد او الدابّة، لم يكن فاعل السبب ضامناً، لعدم مدخليّة السبب، مع عدم وضع اليد الموجب للضمان مطلقاً.

وكذا دلالة السّراق عند المصنف هنا، لأنّه سبب وله دخل، مجرد السّرقة،

المرسلة فاتفق التلف فلا ضمان ـ الى ان قال ـ: ويضمن لوفتح رأس زق فسال مافيه بنفسه او بانقلابه او تقاطر فيبتلّ اسفله او باذابة الشمس او انقلابه بالريح على الاقوى وغيرها من الامثلة المذكورة في كلام الشهيد قدّس سرّه راجع الدروس ص٣٠٦ و ٣٠٧ من الطبع الحجري.

(١) في بعض النسخ المخطوطة، الغصب بدل القصد.

(٢) وفي بعض النسخ: ويمكن البنيان بحسب الحمل، ولم نفهم المراد من هذه الجملة.

وازالة وكاء الظرف، فيسيل اذا لم يحبسه غيره، او يسيل ما ألان الارض منه، او بانقلابه بالريح، او باذابة الشمس، على اشكال.

او قبض بالسّوم (للسّوم ـ خ) او بالبيع الفاسد، او استوفى المنفعة بالاجارة الباطلة.

اذ لو لا الدالّ لماسرق، اذ هو الفرض فيصدق عليه التعريف بالسبب، اذ ليس المراد ملزوميّة (بلزوميّة ـ خ) الفعل، لما عرفت، فمنع الشارح قصد(١).

نعم يمكن ان يقال: المباشر اقوى.

وكذا ازالة الوكاء أي مايشد به رأس ظرف، فسال مافيه، وكان لايحبسه الّا الوكاء اوفتح رأسه فسال قطرات، والانت الارض التي هي اسفل الظرف فسقط فتلف مافيه، وكذا لو انقلب الظرف بعد فتح رأسه فتلف مافيه، او تلف(٢) فاذاب الشمس مافيه.

والظاهر عدم الاشكال في الصورتين، اذا علم كون فعله سبباً فقط، لاغير ولم يعلم اسناده الى غيره بالكليّة.

قوله: او قبض بالسّوم الخ. دليل الضمان بالقبض بالسّوم غير ظاهر،

---

(١) هكذا في جميع النسخ وينبغي نقل كلام شارح القواعد، قال في جامع المقاصد ـ في شرح قول المصنّف: ولو فتح باباً على مال فسرق او دلّ سارقاً الخ ـ: ماهذالفظه، قد وقع للمصنف في الارشاد ان حكم بالضمان بدلالة السّراق، وهذا لاينطبق على اصول مذهبنا من انّ المباشر مقدّم على السّبب في الضمان، حيث لايكون ضعيفاً، وربما حمل على كون الدّالّ مستأمناً على ذلك المال، فانّه يضمن بذلك.

لكن قال شيخنا في شرح الارشاد ونعم ماقال: انّ هذا الحمل تعسّف، لأنّه قد ذكر في التحرير اشكالاً في المسألة، وعلى هذا الحمل فلا وجه للاشكال المذكور، والأصحّ خلاف ذلك، وعلى مايظهر من شرح الارشاد فالمصنّف خالف بذلك جميع الاصحاب انتهى ج١ ص٣٦٣ من الطبع الحجري واستشكل ايضاً في المسالك ـ على المصنف بعد نقل كلامه عن الارشاد (فراجع باب الغصب عند شرح قول الماتن: وكذا لوفتح باباً على مال الخ).

(٢) وفي بعض النسخ او تلفظ بدل تلف، ولعل الصواب وانفلت.

ولو غصب شاة فمات ولدها جوعاً ـ او حبس مالك الماشية عن الحفظ، فتلفت، او غصب دابة فتبعها، الولد ـ ففي الضمان نظر.

الّا الحديث المشهور، على اليد ما اخذت حتى تؤدي(١) وصحته ودلالته غير واضحين، والاصل براءة الذمة، والغرض عدم التعدي والأخذ برضاء المالك، فالضمان محل التأمّل، بل خلافه قريب، وان كان هو المشهور، والظاهر أنّه ليس باجماعيّ، وقد مرّ.

ولهذا قال في القواعد: والسّوم على اشكال وكذا البيع الفاسد، واستيفاء المنفعة بالاجارة الباطلة باجرة المثل لاالعين، ويحتمل اقلّ الأمرين منها ومن المسمّى ظاهراً، وضمان البيع الفاسد دليله القاعدة المشهورة: (فيما ـ خ) يضمن بصحيحة، مايضمن بفاسده و بالعكس، وذلك غير واضح، وكذا حجيّة على اليد ما اخذت، وقد مرّ البحث في الباطلة ونحوها، وفي كون ذلك كلّه من اسباب الضمان تأمّل.

وانّ مجرد الأخذ ليس بمعلوم كونه ملزوم علّة التلف الذي هو تعريف السبب، كما تقدم معلوميّة ان الاستيفاء ليس بسبب، وهو ظاهر.

قوله: ولو غصب شاة الخ. ظاهر أنّ صدق السّبب الذي هو موجب للضمان في المسائل الثلاث، يغني عن علم التّلف(٢) به فيكون ضامناً، الّا ان يعلم(٣) موته بذلك السبب، ولايضرّ عدم التصرف بوضع اليد الذي هو الغصب، لأنّه أحد اسباب الضمان، بل لابدّ ان يكون منفيّاً، لأنّ البحث في غير الغصب.

وكذلك الاصل(٤) يضمحلّ لما مرّ فلا يصلحان سبباً فتأمّل.

---

(١) عوالى اللئالى ج١ ص٢٢٤ ح١٠٦ وص٣٨٩ ح٢٢.

(٢) هكذا في النسخة المطبوعة وفي النسختين المخطوطتين، يعنى عدم التلّف به فيكون الخ والصواب ما اثبتناه.

(٣) هكذا في جيع النسخ، ولعلّ الصواب، الّا أن لايعلم موته الخ.

(٤) يعنى اصالة البراءة تضمحلّ، لمامرّ.

ولو فتح باباً على مال فسرق، او نقب.

اوازال قيداً عن عاقل، او منع المالك عن القعود على بساطه فتلف، او منعه عن البيع فنقصت القيمة السوقية، اوتلف عينه، فلاضمان.

قوله: ولو فتح باباً على مال الخ. عدم الضمان ـ بمجرد فتح الباب او نقب الحائط، اذا سرق المال سارق ـ ظاهر، لأنه وان سلّم أنّه سبب الّا أن المباشر أقوى، وقد تقرّر ـ كما سيجيئ ـ تقديم المباشر في الضمان، والفرق بينه وبين دلالة السّراق به بفعله، غير ظاهر، لما مرّ.

قوله: او ازال قيداً عن عاقل الخ. سبب عدم الضمّان بسبب فك قيد العبد العاقل، أنّه يتحفظ بنفسه، ويقدر على منع نفسه من المهلكات واخذ غيره، وعلى عدم الاباق الواجب عليه، فلو حصل شيء يفوت العين او المنفعة فهو مستقل ومباشر، ان قلنا بمدخليّة الفك وسببيّته، كما هو الظاهر، فكأنّه أجمع(١) المباشر والسّبب، والاوّل مقدّم.

وفيه تأمّل، لأنّه لاشك في صدق السببيّة، اذالمفروض أنّه لولم يفك لم يقع ماوقع عن التلف والإبافة، وليس هنا مباشر يمكن اخذ الحق، كما في صورة قلب الريح الظرف، وكونه قادراً على الحفظ مع عدمه لاينفع ولهذا كان المالك قيده.

وقداستشكل في التذكرة ضمانه إن كان عبداً كبيراً آبقاً، ومنه يظهر انّ الضمان ـ في المنع عن القعود على الفراش والبساط حتى أقضى الى تلفه وعلم ذلك ـ اولى، واصل البراءة مع وجود السبب للنقص، لأنّ نقصان القيمة السّوقية او تلفه بما تلف كان يحصل يقيناً منع ثم البيع ام لا(٢)، فليس هو سبباً لهما(٣) نعم منعه

---

(١) في النسخة المطبوعة، فكأنّ اجتمع المباشر الخ.

(٢) في النسخة المطبوعة، منع عن البيع ام لا.

(٣) يعني ان المانع من البيع ليس سبباً للنقصان او التلف، لأنّ المفروض وجود السبب للنقص.

ولو اتّفق المباشر والسبب فالضمان على المباشر، الّا مع الاكراه، فالضمان على القاهر.

أثر في عدم وصول حقّ اليه، وصار سبباً له، ولكن ماثبت ـ أنّ كل من يمنع احداً من وصول حقّ اليه، وإن لم يتلف بفعله شيء ـ أنه ضامن، وفيه تأمّل، فتأمّل.

قوله: ولو اتّفق المباشر الخ. معلوم عقلاً بل نقلاً ايضاً أنّه اذا وجد شيء له سببان قريب وبعيد، أنه يسند الى القريب، والبعيد هو سبب السبب، وله مدخليّة ما في ذلك الشيء، فيكون الضمان الموجب مسنداً الى المباشر، وهو ظاهر.

كأنه مجمع عليه، الّا ان يعلم كون المباشر ضعيفاً والسبب قويّاً، مثل أن يكون المباشر مكرهاً، وحينئذٍ كأنّ المباشر ليس بمباشر، اذ لاقدرة له عدم المباشرة، فصار السبب فقط، بل هو السبب، والمباشر هو المكره.

هذا فيما اذا كان الاكراه بحيث يسلب الاختيار، او يكون وعداً على قتل النفس او البضع، ممّن يعلم فعله لولم يفعل مايريد المكره ظاهراً.

ويمكن في المال الكثير وهتك العرض كذلك.

وذكروا الضابطة في الاكراه على الطلاق بأنّه المتوعد على ماأضرّه (المضرة ـ خ) بالمكره ومن يقوم مقامه كالأب والولد وان كان شتماً للمرتفع عنه من القادر عليه، مع ظنّ فعله، لا الضرر القليل كأخذ مال يسير.

قال في شرح الشرائع: ولو قيل هنا باشتراط زيادة خوف والأوّل أشهر مافعل في الطلاق(١).

---

(١) عبارة المسالك هكذا: ويتحقق الاكراه الرّافع للضمان بما يتحقق به الاكراه المفسد للعقل، وقد تقدّم تحقيقه في الطلاق.

وربما قيل هنا باشتراط زيادة خوف ضرر لايمكنه تحمّله، والأشهر الاوّل (راجع المسالك كتاب الغصب).

ولو ارسل في ملكه ماء، اواجّج ناراً، فأُغرق مال غيره، او أُحرق، لم يضمن، الّا مع التجاوز عن قدر الحاجة اختياراً، مع علمه، او ظنّه بالتعدي.

والغصب هو الاستقلال باثبات اليد من دون اذن المالك في العقار وغيره.

قوله: ولو ارسل في ملكه ماء الخ. أي من ارسل ماء في ملكه أو أججّ ناراً فيه، ثمّ تعدّيا الى مال الغير في غير ملكه(١) الى الحرق لم يضمن، الّا ان يتجاوز المرسل والمؤجّج عن قدر حاجته فيهما، مع قدرته على سدّ الماء عن مال الغير، وكذا على اطفاء النّار كذلك، فترك ذلك عالماً به، حتى خرج مال الغير، وكذا لو ظنّ ظنّاً غالباً، يضمن حينئذٍ لاغير. دليل الضمان ـ مع جميع القيود المذكورة، أي التجاوز عن قدر الحاجة مع العلم أو الظنّ بالتعدي والقدرة على العدم والمنع ـ هو العقل والاتفاق والسببية، مع عدم العذر، وهو الظاهر، وكذا عدم الضمّان مع انتفاء الجميع، وامّا اذا انتفى في بعض افراده تأمّل، مثل ان يكون قادراً وعالماً، ولكن ماتجاوز عن قدر الحاجة، فتأمّل.

قوله: والغصب هو الاستقلال الخ. هذا هو ثالث اسباب الضمّان المبحوث عنه، وهو غير جيّد.

وينبغي ان يجعل الثالث وضع اليد، فان الغصب أخصّ، كما فعله في القواعد وغيره.

قال: الثالث، اثبات اليد، وهو ان كان بغير حقّ فهو غصب الخ.

المراد بالاستقلال ـ باثبات اليد قهراً على المالك ومن غير اذنه، وهو ظاهر، ويشعر به (من دون المالك) واشار بقوله: (في العقار وغيره) ـ انّ الغصب يتحقق في

---

(١) هكذا في جميع النسخ والصواب، (الى الغرق والحرق)، كما لايخفى.

....

العقار ايضاً باثبات اليد، ردّاً لبعض العامّة، فانّه يقول: لايمكن غصباً، بل انّما يضمن بالانهدام، فاذا دخل وانهدم يضمن المهدوم.

وهو ضعيف اذ لا مانع منه الّا عدم النقل، وهو ليس بمانع، اذ الغصب يتحقق بالقبض، وليس هو منحصراً في النقل، والّا لم يجز بيع العقار وهبته ونحوهما الذي يحتاج الى القبض.

وأمّا الاستقلال بحيث لايكون للمالك يد عليه اصلاً، فيمكن ان يكون ظاهراً فيما لايخرج عن يد المالك مثل الثّياب والدّواب وأمّا في العقارات خصوصاً الكبير مثل دار كبيرة وارض واسعة، فيمكن عدم اشتراط الاستقلال.

بل كلّما تحقق اثبات يده عليه ظلماً يكون غاصباً، لما مرّ من تعريف الغصب، ويشعر به قوله: بالضمان اذا كان مع المالك النصف، فكأنّه يريد بالاستقلال عدم قدرة المالك وتصرفه فيما هو بيده وتصرّفه، بمعنى أنّه لم يمكّنه من ذلك، وان كان جالساً معه، فانّه حينئذٍ يكون وجوده وعدمه سواء، بل مثل صبيعته او أسبابه او آلته، اومن جلس بأمر منه، بخلاف ان يمكّنه من النصف، ولا يزّاحمه، ولا يسلّط عليه، ممتازاً او لا، اذ لا دليل(١) بل نقول: في كلّ ما يتحقق غصبيّته يكون ضامناً له، فلو تصرّف في دار كبيرة او مفازة واسعة لايضمن كليّهما، الّا ان يثبت (اثبت ـ خ) اليد بحيث يلزم غصبيّة الكلّ، فاذا دخل بيتاً في دار مستولياً عليه فقط دون غيره لايضمن الّا ذلك، الّا اذا قصد جزءاً من بيت وتصرف فيه فقط، مستولياً على ذلك الحدّ والمتصرف منه لاغيره.

ويعلم من كلامه أنّه (اذا ـ خ) أخذ الاستيلاء ـ وقوّة الدفع مع الاستقلال، حيث شرط مع حضور المالك ـ فهو أكثر في القوة على المنع فتأمّل.

---

(١) الظاهر ان المراد، أنّه لا دليل على صدق الغصب في التمام، مع تمكينه المالك من النصف.

فلو سكن الضعيف عن المقاومة مع غيبة المالك، او اسكن (سكن - خ) غيره فغاصب، ولو كان المالك حاضراً، فلا.

ولو سكن مع المالك قهراً ضمن النصف.

قوله: ولوسكن مع الضعيف الخ. أي لوسكن الضعيف عن مقاومة المالك في دار بغير اذنه، لاشك أنّه ضامن وغاصب لما مرّ في تعريف الغصب.

لكن بعد (ما - خ) أخذه الاستيلاء والقوّة فيه، فليس بواضح كونه غاصباً إلّا ان يقال ذلك مع حضور المالك او الدّخول مع عدم المالك بغير اذن، فهو بالقدرة والقوّة، وكذا لو اسكن غيره.

وهذا واضح، لو كان الغير مكرهاً، امّا لو كان مطاوعاً (مطاعاً - خ) **فلا**، بل يكون هو الغاصب والضامن، دون الآمر والمكره (والمسكن - خ) لما تقدم أنّ المباشر مقدّم على السّبب.

ولو كان المالك حاضراً به وعالماً سكونه(١) واسكانه وضعفه، فلا يكون غاصباً، لاعتبار القوة والاستيلاء في التعريف والقهر والغلبة في الواقع.

ويمكن ان يكون غاصباً ايضاً، لما مرّ من تعريف الغصب الصحيح، خصوصاً اذا كان مع قصد الاستيلاء والاستعلاء، فانّه يكفي ذلك، ولايحتاج الى وجود مافي نفس الامر، كما يشعر به لفظة الاستيلاء ولاينبغي ان يشك في كونه ضامناً، على أنّه تصرّف في مال الغير بغير اذنه وحضور المالك، وعدم منعه، وترك دفع ذلك -مع القدرة- لا يدفع ذلك، الّا ان يكون ذلك دالّاً على الرضا، فيكون الدّخول بالرّضا.

قوله: ولوسكن مع المالك الخ. أي لوسكن ساكن لا الضعيف - كما هو ظاهر المتن مع المالك قهراً عليه، بحيث شاركه في كل موضع من البيوت، بحيث

---

(١) هكذا في جميع النسخ، والصواب بسكونه.

....

مايزاحمه ويزعجه الاّ عن النصف- فهو غاصب للنصف فقط، لأنّه انّما يستقلّ (ملكاً -خ) ويستولي عليه.

ويمكن ان يكون الحكم كذلك اذا شاركه في البيوت من غير تعيين نصف، بل يقول، أنا وأنت تكون فيها مع اثبات يده على الكلّ وعدم منعه من شيء، مثل الشريكين بالنصف احدهما يأذن للآخر.

واذا فرض اختصاصه ببعض ومنع المالك عنه خاصّة، لايكون ضامناً وغاصباً الاّ له، او شريكاً مع المالك بالنصف في ذلك المتصرف فيه، واذا تعرض استيلاء على اكثر يكون ذلك المغصوب.

وبالجملة ينظر الى تصرّفه وقهره، والظاهر أنّه لا تفاوت حينئذٍ بين كون المالك قادراً على منعه عن ذلك واخراجه ام لا بان يكون أقوى منه، لما مرّ من صدق التعريف الذي قلناه.

وأمّا قيد القوّة والاستيلاء كما يفهم (فهم-خ) من قبل، ودلّ عليه (ولو سكن الضعيف) يدلّ عليه حينئذٍ، لايكون غاصباً بل ولا ضامناً، فتأمّل.

ولو اخرج المالك يكون غاصباً للكل، ولو كان غالباً على المالك بحيث صار المالك مضمحلاً، وكأنّه لاشيء بل مثل ثوب مرميّ هناك، فلا يبعد كونه غاصباً للكلّ ايضاً، اذ ليس بيده حقيقة حينئذٍ.

ويحتمل عدم الضمان الاّ ما تصرّف فيه(١) من النصف وغيره فقط، للاصل (والاصل-خ) والاختيار الاوّل(٢) كما هو قول شارح القواعد.

واستشكل في التذكرة الغصب مع ازعاج(٣) المالك واخراجه، من

---

(١) في النسختين المخطوطتين: وتحريم الاّ ماتصرّف الخ، والصواب ما اثبتناه.

(٢) في النسخة المخطوطة: واختيار الاوّل قول شارح القواعد.

(٣) الازعاج، الاخراج والطرد.

ولو مدّ بمقود الدابة ضمن، الّا ان يكون المالك راكباً، الّا مع الالجاء.

(مع-خ) أنه تخلية فهوقبض في البيع وغيره من تسليم المباح.وكأن الفرض اخذ المفتاح ايضاً، والاصل العدم، وعدم تسميته غاصباً عرفاً ومتصرّفاً، وان قيل ذلك قبض في غير هذه الصورة لدليل، وحكم ايضاً ان مجرّدالدخول بغير استيلاء لايوجب الضمان سواء كان باذنه او بغير اذنه وسواء كان صاحبه ام لا، ونقل عن بعض الشافعيّة، ان دخله بغير إذن صاحبه، ولم يكن فيه صاحبه ضمنه، لأنه اثبات في الغصب اثبات اليد العارية الظالمة،ولهذا لوضارعه(١)احد يحكم له باليد، قال: ويشكل بأنّه غير مستولى (غير مستوف-خ) فتأمّل فاشتراط ذلك غير واضح في الضمان بل في الغصب، فان العرف والتعريف الذي ذكرناه، والذي قاله بعض الشافعيّة يشمله.

قوله: ولو مدّ بمقود (مقود-خ) الدابّة ضمن الخ. اعلم أنّ تحقيق اليد والقبض والتصرف الذي هو موجب للضمّان لايخلوعن اشكال، فان قيل هو ماتقرّر عندهم في قبض المبيع، فهو ايضاً مشكل، مع أنّ الظاهر انّ المكيل والموزون يضمن بالنقل من غير كيل ولا وزن.

وأنّ الغصب الموجب للضمّان يتبادر منه القبض والتصرف العرفي بحيث يكون بالفعل متصرّفاً، فلو ازعج مالكاً حتى اخرج متاعه وخلّى (حلّ-خ) عقاره او قال في الارض، اجلس (جلس-خ) يتصرف (فتصرف-خ) به (فيه-خ) اكراهاً، لم يسمّ غاصباً، مع انّ مثله قبض.

وقد مرّ الاشكال في كونه غصباً في التذكرة وشرح القواعد ايضاً.

الظاهر العدم للعرف ولعدم صدق التعريف عرفاً، والاصل عدم الضمان، وعدم تحقق الغصب واحكامه حتى يعلم، فهو محال الى العرف، ويجئ فيه اشكال

(١) ضارعه أي شابهه والاصل في المضارعة المشابهة.

....

جميع مايحال عليه.

ولا شك أنّه يتحقق في المنقول، بالنقل مطلقا، وخرج المكيل والموزون في البيع ونحوه للنّصّ ان سلّم، وقد مرّ في غير المنقول بالازعاج والتصرف والدخول مع الاستيلاء وقصد السكون والأخذ.

ويمكن ايضاً التصرف والانتفاع في كل شيء بما هو مصنوع لذلك، مثل الجلوس على الفراش، واللبس في الملبوس والرّكوب في الدابّة.

ويمكن أنّ اخذ المداد من الدواة والماء من الحبوب، والنسخ من الكتب كذلك، فتأمّل، لامجرّد وضع اليد على هذه الاشياء، ولهذا مرّ التردّد بحصول اللقطة بحصول اليد او الرّجل عليه، فلو وضع يده على منقول من غير نقل، وكذا غير المنقول لايكون ضماناً وغصباً، لعدم العرف والاصل وعدم صدق التعريف عرفاً، فانه ليس بأخذ مال الغير، ولا يقال التصرف ايضاً عرفاً، فتأمّل.

قال في شرح القواعد: واعلم انّ اثبات اليد في المنقولات انما يتحقق بالنقل، الّا في الدابّة، فان ركوبها كاف في اثبات اليد عليها، والفراش، فانّ الجلوس عليه كان في ذلك ايضاً.

قال في التذكرة: وهل يتحقق (أي الغصب) في المنقولات باثبات اليد من غير نقل؟ الأقرب عندي ذلك، فلو ركب دابّة الغير، وهي واقفة، ولم ينقل (تنقل ـ خ) عن مكانها او جلس على فراشه ولم ينقله، فالوجه تحقق الغصب فيه، لحصول غاية الاستيلاء بصفة الاعتداء.

وكلامه لايقتضى الحصر في الدابة والفراش، ولا يبعد الاستيلاء في كل شيء بحبسه عرفاً (وانّما هو ـ خ) كالدخول الى خيمته او خبائه ونحو ذلك(١).

---

(١) انتهى كلام شارح القواعد، راجع جامع المقاصد عند شرح قول الماتن، ويتحقق اثبات اليد في ←

....

وكلامهما(١) لايخلوعن شيء امّا الشارح فلحصره اوّلاً حيث قال: (انّما الخ) ثم الحكم بتحققه حينئذٍ عرفاً(٢) حصر(٣) بقوله: (وكلامه لايقتضي الخ) نعم وكلامك يقتضيه، وكلامه لايقتضي الخ فالعبارة غير جيدة(٤).

وأيضاً تحقق غصب الخيمة بالدخول فيها غير ظاهر، اذ هو ماباشره، فلا يصدق اخذ مال الغير ولا اثبات اليد.

وايضاً لوصحّ ذلك لزم ان لا تصحّ صلاته فيه، فانّ الكون فيه غصب وحرام فتكون الصلاة في المكان المغصوب، بل يلزم عدم صحتها وان كان الارض مباحاً(٥) بل ملكه ايضاً.

وكذا يلزم ان يكون غصباً للحائط ممن يدخل الدار مع كون الأرض المحاط به مباحاً، ويلزم عدم صحة الصلاة فيه ايضاً، وذلك غير معلوم، الّا ان يقيّد بغصبيّة الارض ولكن سوق الكلام يفيد الأعمّ، فتأمّل.

وأمّا كلام التذكرة فلأنّها تدلّ على تحققه باثبات اليد مطلقا او مجملا من غير بيان.

والظاهر أنّه ليس بقائل بالكليّة، بل مثل الدابّة والفراش لاغير، وهذا ردّ على المشهور.

والحاصل هنا اجمال (ان هنا اجمالاً ـ خ) والحوالة على العرف، فلايخرج

المنقول الخ.

(١) يعني كلام شارح القواعد والتذكرة.

(٢) حيث قال: لايبعد الاستدلال في كل شيء بحسبه عرفاً الخ.

(٣) ولعل الصواب ثم نفي الحصر.

(٤) ينبغي ان يلخص معنى الكلام شارح القواعد.

(٥) والمناسب ان يقول: وان كانت الأرض مباحة.

....

عن الاصل والقواعد الّا بالدليل.

وقوله: ولومدّ(١) بمقود الدابة الخ. يعني اذا آخذ بمقود الدابة قهراً، فنقل بها من مكان الى آخر، لاشك في أنّه ضامن وغاصب، لما مرّ، الّا ان يكون المالك راكباً اومتصرفاً بوجه آخر، كالأخذ بالمقود ايضاً، فلا يكون حينئذٍ غاصباً، الّا ان يكون المالك ملجأغيرقادرعلى دفعه بوجه، فيكون آخذ المقود قادراً مستولياً عليه، ويكون وضع يده كالعدم، فيكون حينئذٍ غاصباً وظالماً (وضامنا ـ خ) ايضاً، وهو ظاهر المتن وغيره.

وفيه تأمّل اذ المالك ايضاً متصرف، وهذا يحكم له باليد، وقد مرّ مثله في الداخل على ساكن الدار الذي يضمحلّ بضعفه من غير ازعاجه، فتأمّل والظاهر أنّه غاصب، للتعريف، فيحتمل النصف، كما في الدار، فتأمّل.

ولا شك أنّه ضامن ان تلف بقوده. من غيرمدخليّة أحد قابل للضمان، ولكن في ضمان منفعته ـ مع ركوب المالك وقدرته بحيث لايكون هذا غاصباً ـ تأمّل، ويظهر من شرح القواعد ضمانها، فتأمّل.

ثم ذكر فيه فرعين الأوّل أنّه لو ساقها قدّامه ولاجماح(٢) لها بحيث صار مستولياً عليها، فهو غاصب لتحقق معنى الغصب، ولو كان بها جماح فتردت بسوقه في بئر ضمن للسببيّة.

لا شك في الضمان اذا فرض كون السوق سبباً، بل يمكن ان لايكون فرق، فيكون غاصباً، الّا ان يفرض بحيث لايقدرعلى اخذها ويكون في الاولى قادراً، فكأنّها مأخوذة في الاولى دون الثانية ولا قادراً ايضاً، وحينئذٍ يظهر الفرق،

(١) وفي جميع النسخ: ولو أخذ، والصواب ما اثبتناه.

(٢) فرس جموح، يعني اذا ذهب في عدوه لم يردّه شيء (مجمع البحرين لغة جمح).

....

ويكون في الثانية ضامناً فقط(١).

الثاني أنه لوجلس على خشب الغير او حجر له من غير ان ينقله فهل هو كركوب دابّته والجلوس على فراشه فيه نظر، أمّا السرير فالحاقه بالفراش قويّ.

كأنه الخشب والحجروالكبيرين الذين لايتعارف نقلهما، ولو كان بقصد الأخذ والاستيلاء فغير بعيد، والاّ فبعيد كونه غاصباً، اذ لايقال له أخذ المال ظلماً، وامّا الضمان فيمكن فانّه وضع اليد على مال الغير، فلابدّ من ايصاله الى مالكه، فتأمّل.

واعلم أنّه يعلم من عباراتهم كثيراً، اخذ الاستيلاء والقهرفي الغصب، كما مرّ في شرح القواعد، وأخذ في بعض التعريفات ايضاً، وقد مرّ، وحينئذٍ يلزم عدم كون السرقة غصباً، فتأمّل.

وايضاً وجود سبب آخر للضمان غير التسبيب والمباشرة والغصب، معلوم، مثل الخيانات في الأمانات، مثل ترك حفظ الوديعة والعارية والدابّة المستأجرة وترك سقيها وعلفها، ومثل وضعه يده على مال الغيرغير عالم بأنّه مال الغير غلطاً أوسهواً ووضع اليدعلى المغصوب كذلك والامانات الشرعية.

فكأنّه لذلك جعل البعض تعريف الغصب بحيث يشمل هذه الامور، حيث قيّد بالعدوان ونحوه، وان كان هو خلاف الظاهر ولهذا جعل ثالث الأسباب،وضع اليد واثبات اليد في القواعد وغيره، ثم قسّم اثبات اليد الى الغصب والى غيره.

نعم عبارة المصنف غير جيّده، حيث جعل الغصب هو الثالث، كما اشرنا اليه، الاّ أن يريد منه اثبات اليد فقط فتأمّل.

---

(١) يعني دون ان يكون غاصباً.

وغصب الحامل غصب الحمل (حمله ـ خ).

ولا يضمن الحرّ بالغصب.

ويمكن دفع بعض هذه بأنّه ان لم يقصر في الحفظ، واعلام المالك والردّ اليه، فهو ليس بخائن، فليس بضامن، وان قصّر، صار غاصباً، حيث وضع يده ظلماً، فتأمّل.

قوله: وغصب الحامل الخ. يعني اذا غصب حيواناً حاملاً فهو مع الحمل مغصوب، اذ قبض الحامل قبض لحمله، فانّه كالجزء الدّاخل في جوفه، وهو ظاهر.

وأمّا عدم الضمان في المأخوذ بالبيع الفاسد او المأخوذ بالسوم، فان الحمل وان كان مقبوضاً الّا انّه غير مبيع بالبيع الفاسد ولا مأخوذ بالسوّم فلا يدخل تحت مايدل على ضمانه، مثل مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده، نعم ان اشترى مع الحمل يكون حكمه حكم الحامل هنا، فتأمّل.

قوله: ولا يضمن الحرّ الخ. يعني لايضمن بوضع اليد والغصب، لأنّه ليس بمال، فلا يدخل تحت يد المتصرّف، فانّ اثبات اليد والتصرف انّما يقال في الأموال.

والظاهر عدم الخلاف فيه، ولا فرق في ذلك بين كونه صغيراً او كبيراً، مميّزاً قادراً على الدفع عن نفسه وغيره، مجنوناً او عاقلاً.

هذا اذا تلف بموته، او بشيء ليس للقبض له مدخلاً(١) فيه اصلاً.

وأمّا اذا تلف الصغير في يد القابض بسبب لدغ الحيّة و وقوع الحائط عليه، فقول للشيخ (الشيخ ـ خ) بأنّه ضامن، لأنّه سبب لتلفه، مع عدوانه، فانه لو (ولو كان ـ خ) كان في بيته، فكأنّه لم يلدغه الحيّة هنا، فهو سبب كالحافر، وليس هنا مباشر أقوى، وليس هو قادراً على دفع المهلكات عن نفسه وعروض امثال هذه

---

(١) هكذا في جميع النسخ، والصواب مدخل.

وان كان صغيراً.

ولو تلف الصغير بسبب كلدغ الحيّة، ووقوع الحائط، قال الشيخ: يضمنه.

الامور فغير بعيد، فيمكن قصد القتل والاتلاف بمثله ايضاً، ولانّ فتح مثل هذا الباب يقضي الى الحيل لقتل النّاس بان يخليّه في مسبعة ومضيعة، ولانّ الضمّان يناسب عدوانه ويقابل بفعله الشنيع.

والظاهر عدم الفرق بين الكبير المجنون والطفل الغير المميّز الغير القادر على الدفع عن نفسه، وهو مثل الحيوان.

بل الظاهر عدم الفرق بينهما وبين الكبير اذا حبس بحيث لايقدر على الخلاص منه، ثمّ حصل في الحبس شيء اهلكه مثل لدغ الحيّة اوغيره، لاشتراك العلة المتقدمة، فان االكبير مع عدم قدرته على دفع الحيّة والعقرب اذا لم يره في الحبس لظلمته كالطفل، بل وكالحيوانات التي لاشعور لها.

وللشيخ قول آخر بعدم الضمان، للاصل، وعدم المباشرة، وعدم ظهور السبب وجريانه في البحر.

قال في التذكرة: لونقل صبيّاً الى مضيعة فاتّفق سبع فافترسه، فلا ضمان عليه، احالة للهلاك الى (على-خ) اختيار الحيوان ومباشرته، ولم يقصد النّاقل بالنقل ذلك(١)، وأمّا اذا (لو-خ) نقل الى مسبعة فافترسه سبع وجب الضمان، وبه قال ابوحنيفة -الى قوله- امّا لو كان المنقول عبداً صغيراً او حيواناً مملوكاً للغير، فانه يضمنه سواء نقله الى المضيعة والمسبعة او الى غيرهما، لأنّه تصرّف في مال الغير بغير اذنه، فكان ضامناً(٢).

---

(١) وفي التذكرة زاد بعد قوله: (بالنقل): وفيه اشكال.

(٢) التذكرة ج٢ ص٣٧٦.

ولو استخدم الحرّ ضمن اجرته، ولا يضمن بدونه، وان كان صانعاً

الظاهر أنّه لافرق بين العبد والأمة، بل ولا بين الصغير والكبير العاجز عن الفرار والخلاص عن تلك المهلكة، ولهذا استشكل(١) في ضمان العبد الكبير العاقل الآبق بفكّ قيده.

والظاهر غير الفكّ(٢) اذالفرض أنّه سبب، ولا ينكر قويّاً الضمان، ومع هذا الفرض مانجد فرقاً بينه وبين الغير وكأنّ الحكم بالضمان مطلقاً أقوى، مالم يكن لاحد مدخلاً(٣) في تلفه، فتأمّل.

قوله: ولو استخدم الحر ضمن أجرته الخ. يعني اذا استخدم حرّاً قهراً ضمن أجرته، ولا يضمن بدون الاستخدام، وان حبسه ومنعه عن الشغل الذي يحصل منه الاجرة، مثل ان كان صانعاً يحصّل كل يوم شيئاً كثيراً، لأنّ منافعه لم تضمن بقبضه، لأنّه ليس بمال حتى يكون وضع اليدعلى المال بغير رضاء المالك فيضمن، فما لم فستعمل لم يضع يداً موجباً للضمان ومال ذلك وماصار سبباً، وسبب الضمان منحصر في ذلك، بخلاف ما لو استعمله، فانّه أخذ منه ماله بلا عوض، فكأنّه غصب منه مالاً وحقّاً او اتلفه فيضمن.

ولعلّه ليس لهم فيه خلاف وان كان لأخذ الأجرة مع منع الصانع الذي لو لم يحبسه ويمنعه لحصل كذا وكذا وجه، وذلك لدفع المفاسد ودفع الضرر العظيم، فانّه قد يموت هو وعياله من الجوع، ولا يكون عليه في ذلك مانع مع كونه ظالماً وعادياً ووجود مايدلّ على جواز الاعتداد بما اعتدى(٤) وجزاء سيئة سيئة(٥)

---

(١) المستشكل هو العلامة في التذكرة (راجع ج٢ ص٣٧٥).

(٢) وفي النسخة المطبوعة: والظاهر عدم الضمان، اذالفرض أنه الخ، والصواب ماأثبتناه.

(٣) هكذا في جميع النسخ، والصواب، مدخل.

(٤) اشارة الى قوله تعالى: فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل مااعتدى.

(٥) اشارة الى قوله تعالى: وجزاء سيئة سيئة مثلها.

ولو استأجره لعمل، فاعتقله، ففي ضمان الاجرة، نظر.
ولو غصب دابة او عبداً، ضمن الاجرة، وان لم يستعملها.

والقصاص، ونحو ذلك، فتأمّل.

قوله: ولو استأجره لعمل فاعتقله الخ. أي لو استأجر حرّاً اجارة لازمه لعمل خاصّ، فحبسه عن ذلك العمل ومنعه مدّة يمكنه ذلك العمل في ذلك الزّمان، او بعضه فيه، ففي استقرار ضمان المدة الماضية، في ذمّته، ـ بحيث يكون مكلّفاً بها، من غير عمل ـ نظر، من انّ منافع الحرّ لم يضمن الاّ بالتفويت و(١) الاستعمال، لا بالفوت، لما تقدم، من عدم دخول الحرّ تحت اليد والضمان، فانّه ليس بمال.

ومن وجوب الاجرة بالعقد اللازم، وكان المستأجر سبباً في ضياعها بحبسه، فيستقرّ في ذمّته، بل ينبغي وجوب الضمان مع العقد اللازم اذا بذل الاجير نفسه ولم يستعمله، وكان الاستعمال موقوفاً بذلك، فانّ العقد موجب للعوض، وقد بذل فيلزم الأجير العوض، كما في نفقة الزوّجة والمهر، بل قالوا: لو استأجر لقلع الضّرس، فبرأ ـ بعد ان مضى مدّة يمكنه القلع، وماقلع مع بذل الأجير نفسه، وكان التأخير من جانب المستأجر ـ يكون ضامناً.

وهذا يقوى في النفوس، خصوصاً اذا كان الزّمان معيّناً فيضمحل عنده الاصل(٢)، للدليل، وأنّ منافع الحرّ لا تضمن، اذ غير واضح الثبوت عمومه، بحيث يشمل محل النزاع، وادّعى الاتفاق في الضمّان في شرح الشرائع، فالعبارة غير جيدة، فتأمّل.

قوله: ولو غصب دابّة الخ. وجهه يعلم مما سبق بغير منازع، فان منافع

---

(١) هكذا في جميع النسخ، ولعلّ الصواب، اوالاستعمال.

(٢) يعني اصالة عدم الضمان.

....

المملوك مضمونة على الغاصب، وان لم يتصرّف ولم يستعمل ولم يعقله ويحبسه، بل أمره بالعمل وما عمل، وماحصل، للغصب(١).

والظاهر أنّه اجماعي على العين، فيضمن، وليس المنفعة شيئاً حاصلاً بالفعل حتى يقال إنّه وضع يده عليه ايضاً بالبيع، فيضمنه، بل انّما يوجد بالاستعمال، فانّه لو لم يغصب، ولم يستعمل، لم يحصل شيء، وكذا العقارات وكل ماله أجرة، فتأمّل.

قوله: ولا يضمن الخمر الخ. يعني اذا أخذ خمراً من مسلم لم يضمنه الآخذ مسلماً كان او كافراً، سواء أراقه ام لا، بل أخذه للخلّ.

ولكن يمكن حينئذٍ وجوب ردّه الى المالك، لأنّه عين مال مالكها، وكان محرّماً شربها، وجاز تضييعه، ولكن اذا صار خلاً يرفع(٢) ماهومحرّم له،فيكون المال ماله، فيجب دفعه الى اهله، وخروجه عن ملكه بالخمريّة غير ظاهر، حتى يقال: فردّها(٣) يحتاج الى الدليل.

على أنّه قد يقال: لدفع المانع والموجب(٤)، ولايدلّ عليه جواز اخذه واهراقه وعدم الضمان بغصبه.

على أنّه قد يمنع جواز ذلك فيما اذا اتّخذه للتخليل، وان لم يكن ضامناً، لعدم ملك يمكن عوضه، فانّ الخمر لاعوض له.

على أنه قديكلّف بالمثل، خصوصاً اذا كان متخذاًللتخليل، او بالخلّ كماقيل.

وقد يقال بأنّه حرام حينئذٍ أخذه واهراقه بغير رضاه، فتأمّل، فلا حدّ حينئذٍ

---

(١) قوله: (للغصب) تعليل لقوله قدّس سرّه: فان منافع المملوك مضمونة.

(٢) هكذا في النسخة المطبوعة وفي النسختين المخطوطتين، لايرفع، والصواب ماأثبتناه.

(٣) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب، حتى يقال ردّها يحتاج الى الدليل.

(٤) يعني لدفع المانع وهو الخمريّة، و(الموجب) يعني الموجب لوجوب الردّ، وهوزوال الخمرية.

ولا يضمن الخمر لو غصبها من مسلم.

ويضمن بالقيمة، لو غصبها من كافر، مُستترٍ (مستتراً ـ خ) وكذا الخنزير.

ولو تعاقبت الايدي الغاصبة تخيّر في التضمين.

بالأثم، وفي شرح الشرائع (القواعد ـ خ) والتفويت(١) ايضاً حيث جعل محرّماً، فلا مانع من الضمان حينئذٍ.

وكذا الكلام في الكافر المتظاهر، فانه بمنزلة المسلم في عدم جواز تصرفه في الخمر على هذا الوجه، كذا قالوا.

وقد يفرّق بالملكيّة وعدمها، وان كان ممّا لايجوز لهم اظهارها وشربها علانية، فتأمّل، بخلاف المستتر، فانّ غصبها منه يكون حراماً وضامناً ايضاً له بالقيمة عند المستحلّين، وان كان مثليّاً، فانّ دفع الخمر للمسلم اليه لايجوز، وأنّه موجب لعدم استتاره الواجب على الكفّار.

ودليل الضمان أنّه ماله، وقد أقرّ على ذلك، وأخذ منه الجزية على ذلك الثار(٢) فصار مثل سائر امواله التي آخذها ضامن وغاصب(٣) فتأمّل.

وأمّا اذا اخذه الكافر، فيمكن جواز ردّ المثل خفية، لعدم المانع، ومن أنّ الحكم بذلك موجب لعلانية، وانّ من قواعد الاسلام أنّه لايجب، بل لايجوز دفع الخمر، فتأمّل، فان التقرير مع الجزية، كأنّه مجوّز لامثال ذلك.

قوله: ولوتعاقبت الأيدي الخ. لعل الحكم بضمان جميع الأيدي المتعاقبة

---

(١) قال في شرح القواعد: نعم يأثم الغاصب هنا، ويعزّر.

(٢) هكذا في بعض النسخ، وفي بعضها، الثاني بدل الثار، وفي بعض منها البار، وعلى أي تقدير لم يظهر لهذه الكلمة معنى واضح.

(٣) وفي بعض النسخ المخطوطة، مثل سائر امواله التي اخرجها ضامناً وغاصباً فتأمّل.

....

على الغصب ـ فيكون المالك مخيّراً في اخذ عوض العين بعد تلفه ومنافعها ممّن اراد ـ اجماعيّ، وسنده ادلّة ضمان الغاصب من العقل والنقل مثل الاعتداء وجزاء سيئة والعقاب بمثل ماعوقب(١).

ولكن ينبغي ان يكون ذلك مع تحقق كون الكل غاصباً بالتعريف المتقدم، ويحكم بضمان الكلّ او البعض من غير فرق، وقرار الضمان على من تلف عنده مجملاً.

ولكن فصلّ في التذكرة والقواعد ونحوهما الاستقرار، وهو مشكل جداً، فتأمّل، وقد مرّ مثله وسيجيء ايضاً.

قال في التذكرة: كل يد تترتّب على يد الغاصب فهي يد ضمان، حتى يكون للمالك الخيار في المطالبة، لمن شاء منها، فان شاء طالب الغاصب عند التلف، وان شاء طالب من ترتّبت يده على يده، ولا فرق في ذلك بين ان يكون الثاني عالماً بالغصب او لم يعلم، في ثبوت الضمان عليه، لأنّه اثبت يده على مال الغير بغير اذنه، والجهل ليس مسقطاً للضمان، ثم الثاني ان كان عالماً بالغصب فهو كالغاصب من الغاصب، للمالك مطالبته بكلّ مايطالب به الغاصب، فان تلف المغصوب في يده فاستقرار الضمان عليه فلو غَرِمّه المالك لم يرجع على الغاصب الاوّل بشيء، لأنّه ظالم بامساك مال الغير في يده مع علمه بأنّه له ـ الى قوله ـ: وان جهل الثاني الغصب فان كانت اليد في وضعها يد ضمان كالعارية مطلقا عند العامّة وفي صورة الضمان عندنا(٢) استقر الضمان على الثاني، وان كانت يد أمانة كالوديعة والعارية في غير صور الضمان والاجارة والرّهن والوكالة استقرّ الضمان

---

(١) اشارة الى الآيات الثلاثة البقرة ١٩٤ الشورى ٤٠ والحج ٦٠.

(٢) وفي التذكرة زاد بعدقوله (عندنا): والمأخوذ بالسوم والشراء صحيحة وفاسدة، استقر الضمان الخ.

....

على الغاصب، ومذهب اكثر الشافعية على ماقلناه، ولهم وجه آخر فيما اذا كانت يده يد امانة، وكان جاهلاً بالغصب، فانّه لايكون ضامناً، كما أنّه لايستقر الضمان عليه، ولهم وجه آخر، انّ استقرار الضمان على الجاهل مع كونه يده يد أمانة(١).

وهذا التفصيل لابأس به، الّا أنّا مانجد دليل الضمان على الجاهل مع كون يده يد أمانة، فان كليّة ـ كلّ من وضع يده على مال الغير يكون ضامناً له مع كونه جاهلاً ـ غير ثابت(٢) وعلى اليد ماأخذت حتّى تؤدّي(٣) غير ظاهر الصحة، مع عدم التصريح، فالذي يجده العقل، هوضد الوجه الثاني للشافعيّة، لولم يكن خلاف اجماعنا، لأنّه ليس بغاصب بالمعنى الصحيح الذي هو موجب للضمان، على ماتقدم، وللاصل، وللفرد، بل هذه ليس مما نحن فيه، فانّها ليست من ترتّب الأيدي الغاصبة، اذ الجاهل غير غاصب، على ماعرفت، والغاصب ظالم وعاص وآثم بالاتفاق، بل قالوا: الغصب كبيرة، فتأمّل.

ثم أنّ الظاهر أنّه لو صرف الاوّل الثاني على وجه لايلزمه عوض مثل ان يهبه اياه، لم يكن عليه الضمان ايضاً.

قال في التذكرة: عليه الضمان، ولكن استقراره على الغاصب، قال: أصحّ قولي الشافعيّة أنّ قراره عليه ايضاً، واوجب ايضاً قيمة الزوجة المملوكة المغصوبة على الزوج التالفة عنده وفيه ايضاً تأمّل.

وقال ايضاً هذا فيما اذا تلف، وامّا اذا أتلف فقرار الضمان على المتلف.

هذا ايضاً على عمومه ليس بجيّد، اذ لو كان المتلف جاهلاً معذوراً مثل ان وهبه ايّاه فاتلفه بالأكل، أوقدّم طعاماً اليه فأكله ونحو ذلك، فانّه لاينبغي الضمان،

---

(١) التذكرة ج٢ ص٣٧٧.

(٢) هكذا في جميع النسخ، والصواب، ثابتة.

(٣) تقدم مأخذه مراراً.

....

فكيف استقراره، ولهذا قال: المتهب المسبب لايستقر الضمان عليه.

وقال ايضاً ـ في هذه المسألة بعد تحرير الرّجوع ـ: فان رجع المالك على الآكل، فهل يرجع الآكل عن الغاصب؟ ينظر، ان كان عالماً أنّه مغصوب بقول الغاصب او بغير قوله، لم يرجع الى الغاصب ـ الى قوله ـ وان كان جاهلاً غير عالم بالغصب، فان كان الغاصب قال له: كل، فانّه ملكي او طعامي استقر الضمان عليه الخ.

فعبارة التذكرة غير جيّده، نعم عبارة القواعد جيّدة، حيث قال: ومهما تلف الآخذ فقرار الضمان عليه، الّا مع الغرور ـ الى قوله ـ ولو كان الغرور للمالك فالضمان على الغارّ الخ.

وقد بالغ في شرح القواعد في ضمان واضع اليد، وقال هو ضامن، سواء علم بالغصب او لا، وسواء كانت أيديهم يد غاصب للغاصب او لا، وسواء استعاده الغاصب غصباً او لا، لصدق الاستيلاء بغير حق ،ولعموم قوله عليه السّلام: على اليد ماأخذت حتى تؤدي(١)، والجهالة لا تقدح في الضمان، وان انتفى معها الاثم، لامتناع خطاب التكليف في حقّ الجاهل، بخلاف خطاب الوضع.

والظاهر أنّ للمالك مطالبة من ترتّبت يده على يد الغاصب، مع عدم التلف بتسليم العين او البدل، للحيلولة.

ولا يخفى عليك أنّه ماثبت صدق الاستيلاء بغير حق على جميع ماذكره، مثل الجاهل، وأنّه تعريف للغصب الموجب للضمان مطلقا، فهنا ليس تعاقب الأيدي الغاصبة، فصحّت عبارة الكتاب، اذ ذلك الفرد خارج، فتأمّل. وعلى تقدير صدقه، ماثبت كليّة الكبرى الّا بمثل قوله عليه السّلام: على اليد فاذاً هما

---

(١) تقدم مأخذه مراراً.

«المطلب الثاني في الأحكام»

يجب ردّ العين وان تعسّر، الّا مع التلف، بالنوع.

دليل واحد.

وقد عرفت ايضاً عدم ظهور صحته وتواتره وصراحته ايضاً، وعلى فرض صدق أنه غاصب، ينبغي أن يكون حكمه حكم الغاصب بالكليّة، والحال أنّهم لا يقولون به وايضاً لزم ان يكون المكره كذلك، للخبر المذكور، الّا ان يقال اخرجه الاجماع ونحوه، ولكن يعلم انّ كون (يكون ـ خ) مجرّد وضع اليد بغير حقّ موجب للضمان، ليس ببديهيّ، فيحتاج الى دليل، والاصل براءة الذمّة، والجهل عذر واضح والغرور عذر واضح وان لم يكن مما (ما ـ خ) ينافي الضمان، بل مجتمع (يجتمع ـ خ) معه، لكن بدليل قوي، فتأمّل.

ويؤيّد عدم الضمان مانقل في شرح القواعد عن الدروس، أنه قال: انّ الجاهل بغصبيّة البيت اذا سكن فيه بأمر الغاصب يضمن المنفعة خاصة، فانّه ظاهر، بل نص في انّ الواضع يده جاهلاً ليس بضامن للموضوع يده عليه، نعم ضامن للمنفعة المستوفاة، بل فيه ايضاً تأمّل فانّه مغرور فيجب الرّجوع على الغاصب فقط، فتأمّل.

قوله: يجب ردّ العين الخ. دليل وجوب ردّ العين المغصوبة، بل جميع الاموال التي في يد الانسان بغير استحقاق، لحبسه مثل الرّهن، فوريّاً، هو العقل والنقل، كتاباً وسنّة(١) واجماعاً، وهو ظاهر، وان كان في الردّ على صاحب اليد ضرر وتعسر، بان يبني عليه البنيان او عالج به السفينة بغير اذن المالك، الّا أنه اذا

---

(١) اما الكتاب فهو قوله تعالى: فان امن بعضكم بعضاً فليؤد الذي أوتمن امانته الآية البقرة ٢٨٣ واما السنة فراجع الوسائل.

او يخاط بالمغصوب جرح ذي حرمة فيضمن القيمة.

ولا يضمن تفاوت السوق مع الردّ، وان تعيّب، ضمن الارش.

كان القلع والردّ سبباً لهلاك النفس وتلفها، فظاهر عدم وجوب الردّ، بل عدم جوازه حينئذٍ، فان حفظ النفس اوجب ومقدّم على ردّ المال.

وكأنّه لاخلاف فيه، كما يجد العقل، مثل ان كان خيوطاً خاط بها الثوب، بحيث لايمكن قلعه، بحيث ينفع، لأنّه ينقطع، وحينئذٍ لايجب القلع بل يمكن ان لايجوز، ويتعيّن القيمة، فكأنّه بمنزلة التلف، فلزمه القيمة فقط.

وحينئذٍ يمكن جواز الصلاة في ذلك الثوب المخاط، اذ لاغصب فيه يجب ردّه، كما قيل بجواز المسح بالرطوبةمن الماء المغصوب الذي حصل العلم به بعد الغسل وقبل المسح، فتأمّل، والاجتناب أولى.

وكذا اذا خيط بها جرح حيوان محترم، أي الذي لايجوز قتله واتلافه، مثل الانسان والفرس العتيق الذي لمسلم اومعاهد، بحيث خيف على فوت النفس بالقلع، او نقص العوض او الألم الذي لايتحمل مثله، على الاحتمال، بخلاف مايجوز اتلافه، مثل الحيوان الذي قد عيّن للذبح والأكل مثل غنم مسمن، وحينئذٍ ينزع ويردّ الى مالكه، وان نقص بالقلع ضمن (يضمن-خ) نقصه، كما يضمن قيمة الكل في صورة عدم جواز القلع إمّا للتلف او خوف تلف النفس بالقلع من جرح الحيوان المحترم، ونحو ذلك، وهو ظاهر، لأنّه يجب الردّ سليماً تامّاً، فاذا تعذّر يجب العوض، وذلك واضح.

واذا صار معيباً في يده اوبالقلع للردّ، فهوضامن لذلك النقص، فيردّه مع أرشه.

ولا يضمن القيمة السّوقية، فانّه ماأتلف شيئاً، ولا تلف في يده عين الّا جزء لاكلّه (١) ولا بعضه ولا منفعة تفوته، ولا ضمان الا بفوت شيء.

---

(١) في بعض النسخ المخطوطه: ولا تلف في يده عين الأجزاء، لاكلّه الخ.

وان كان غير مستقرّ تجدّد ضمان المتجدّد.

وان تلف ضمن بالمثل في المثلي.

وان كان العيب يتجدّد يوماً فيوماً مثل نتن الحنطة، فيتجدّد ضمانه ايضاً كذلك، ففي اليوم الأوّل ان كان ارشه درهماً لعيبه ثم زاد العيب بحيث صار الأرش نصف درهم آخر، يضمن الدرهم، ثم نصف درهم آخر، وهكذا الى ان تلف، فيضمن التالف بقيمته.

قوله: وان تلف ضمن بالمثل الخ. اعلم أنّ المثلي موجود في كتب الفقهاء رحمهم الله، وبنوا عليه احكاماً كثيرة في (من ـ خ) القرآن ايضاً، مثل المثل في الاعتداء والسيّئة(١) وقد عرّفوا بتعريفات كثيرة، قلّ ان يسلم تعريف منها، بل ماسلم تعريف، لامن تعاريف العامة ولا الخاصة، مثل مانقل عن الشيخ في التذكرة وشرح القواعد، وهو مايتساوى قيمة اجزائه كالحنطة والشعير وغيرهما من الحبوب والأدهان، وماأشبه ذلك، وغير المثلي مالايتساوى اجزائه كالحيوان والأراضي والأشجار وغير ذلك.

وقال في شرح القواعد والشرائع: نقض بالثوب فانّ قيمة اجزائه متساوية وليس بمثلي ويمكن ان يقال: الثوب ليس بمتساوى الأجزاء، فان ذرعاً (ذراعاً ـ خ) منه قد يسوى عثمانياً والآخر شاهيّات، ومثله الأرض.

بل الذي يشكل به، أنّه ان اريد التساوي بالكلية، فالظاهر عدم صدقه على شيء من المعرّف اذ مامن شيء الاّ وأجزائه مختلفة في القيمة في الجملة مثل الحنطة والشعير، وجميع ماقيل انّه مثلي، فانّ حنطة طغارها(٢) يساوي عشرين

---

(١) اشارة الى قوله تعالى: فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدي عليكم، البقرة١٩٤، وقوله تعالى: وجزاء سيئة سيئة مثلها، الشورى ٤٠.

(٢) الطغار المستعمل الآن في لسان العراقيين هو عشرون وزنه عراقية، وهي تساوي الفان ومائة وخمسون ←

....

والآخر عشر شاهيات، وبالجملة التفاوت معلوم.

وان اريد التساوي في الجملة، فهو في القيمي ايضاً موجود، مثل الأرض ونحوها.

وان اريد مقداراً خاصّاً فهو حوالة الى المجهول.

وقال(١) ايضاً: ربما ضبط بأن المثلي مايكون اسم الكثير والقليل منه واحداً كالماء والدبس والدهن، ونقض بالأرض.

ويمكن ان يقال بالثوب ايضاً، على أنّ هذا الامر الذي هو مبنى احكام كثيرة، لابدّ لأخذه من مأخذ يكون حجة، من كتاب وسنة واجماع وعقل، وليس بظاهر.

ولا يندفع الايراد بما قال في شرح القواعد: والظاهر انّ المراد من هذا ضبط المثلي بحيث يتميز فصل مميّز، لا التعريف الحقيقي، او يكون قوله كالحنطة والشعير وغيرهما من الحبوب والادهان داخلاً في التعريف فيكون انكشافه بهذه الامثلة(٢).

ويمكن ان يقال: انّ هذا لاينفع اذ الغرض من فصل التميز معرفة المثلي ليحكم عليه بالحكم المخصوص به، فان حصل التميز التامّ بحيث امتازعما عداه، فيحصل المطلوب، ويصلح للتعريف لدفع النقوض، والّا فما حصل المطلوب، وبقي مجهولاً غير متميّز، وان ميّز في الجملة، وذلك غير كاف هنا.

وايضاً انّ أخذ الحنطة الى آخرها في التعريف لاينفع، لأنّه ان اقتصر على ذلك المذكور فقط، كما هو ظاهر كلامه لـ(من) البيانية(٣) ففيه أنّه غير جامع،

كيلوعراقية ومائة وخمسة وعشرون درهماً وهي خمس الكيلو تماماً ٢١٥٠ و١٢٥ درهما (راجع كتاب الاوزان والمقادير ص٨١ تأليف الشيخ ابراهيم سلمان باختصار).

(١) يعني في شرح القواعد، ج١ ص٣٦٨.

(٢) انتهى كلام شارح القواعد، ج١ ص٣٦١ من الطبع الحجري.

(٣) فيما نقله عن الشيخ وشرح القواعد في تعريف المثلي من قوله (من الحبوب والادهان الخ).

....

لخروج كثير من المعرَّف مثل الادهان والالبان والدّبس والماء وغيره.

على أنّه ماكان في عبارة التعريف منحصراً، بل قال: (وما أشبه ذلك).

وان اراد اشباههما كما كان، فما حصل التميز التامّ كذا ولاالاشباه، اذ يمكن ان يقال الثوب من ذلك، والأرض كذلك اذ (و-خ) ليس الألبان منه والدّبس والماء كذلك كذا(١) وان لم يرد الحصر في ذلك.

وان اراد انّ الغرض الانكشاف لا التعريف الجامع والمانع، -وبدخول الامثلة يحصل اكثر-، فهو صحيح، ولكنّه خلاف الظاهر، مع أنّه يرد عليه ماتقدم على قوله: انّ المراد ضبطه(٢). بل هو بعينه، فتأمّل.

ونقل ايضاً عن فقهاء العامّة: أنّه(٣) كلّ مقدّر بكيل او وزن، وزاد بعضهم اشتراط جواز بيعه سلماً، لأنّ المسلم فيه يثبت بالوصف في الذمّة والضمان يشبهه، لانه يثبت في الذمّة وزاد بعضهم اشتراط جواز بيع بعضه ببعض لتشابه الأصلين في قضية التماثل -قال-: واعترض على العبارات (الاخيرة الثلاثة-خ) بأنّ القماقم والملاعق والمغارف(٤) المتخذة من الصفر والنحّاس موزونة يجوز السلّم فيها وبيع بعضه (بعضها-خ) ببعض، وليس مثليّة(٥).

ويمكن ان يقال: الزيادة غير ظاهرة، خصوصاً الأخيرة، فانّ معناها ايضا غير واضح.

وأنه يشكل بالغزل والصوف والوبر والشعر والقطن ونحوها، فانّها غير مثلية، مع صدق التعريف، الّا أن يليه النفي أو الاثبات(٦)، وهو بعيد.

---

(١) هكذا في جميع النسخ. (٢) و (٣) أي المثلي.

(٤) المغارف، المغرفة بكسر الميم مايغرف به الطعام والجمع مغارف (مجمع البحرين لغة غرف).

(٥) انتهى كلام شارح القواعد، ج١ ص٣٦٨.

(٦) المراد من النفي عدم جواز بيعه سلماً اوعدم جواز بيع بعضه ببعض والاثبات طرف مقابله.

....

وايضاً انّ المكيل والموزون (الكيل والوزن ـ خ) ليس له ضبط، فانّه قد يختلف، حينئذٍ لكل بلد حكم نفسه على ماقيل، غير ماتحقق في حالة زمانه صلّى الله عليه وآله، فيلزم كون شيء واحد مثليّاً في بلد وقيميّاً في أخرى، وهو بعيد، فيكون البطيخ مثليّاً، وكذا الجوز والبيض في بلد. الّا ان يقال: لايجوز التحكم فيها، ولا بيع بعضها ببعض، وحينئذٍ يشكل التعريف الاوّل بدون الزيادة، فتكون فائدتها، فتأمّل.

وقال في الشرح، وهو المتحدّ في الحقيقة النوعيّة، وظاهر صدقه على ماتقدّم من الأرض والثوب (الصوف ـ خ) ونحوهما، مع اشكال تحقق الاتفاق في الحقيقة النوعية.

وفي الدروس قال: انّ المثلي هو المتساوي الاجزاء والمنفعة المتقارب الصّفات وقال في شرح القواعد: وهذا لايكاد يخرج الثوب.

ويمكن ان يقال: بل الارض وبعض ماتقدم مع زيادة ابهام التساوي، فانّه غير معلوم في ايّ شيء، وكذا تقارب الصّفات، وبالجملة تحقيقه مشكل جدّاً، وهو مبنى احكام كثيرة.

والذي يقتضيه القواعد أنّه لفظ بني عليه احكام بالاجماع، وكأنّه وبالكتاب(١) ايضاً، مثل ماتقدم، والسّنة ايضاً، وليس له تفسير في الشرع، بل ماذكر اصطلاح الفقهاء، ولهذا وقع فيه الخلاف، فيمكن ان يحال الى العرف، اذ الظاهر أنّه ليس بعينه مراداً فانّ المثل هو المتشابه والمساواة في الجملة، وهو موجود بين كل شيء، كما صرّح في مسألة (لايستوي)(٢) وقالوا: المراد المساواة بحسب

---

(١) نحو قوله تعالى: «فاعتدوا عليه بمثل مااعتدى». البقرة ١٩٤. «وجزاء سيئة سيئة مثلها». الشورى ٤٠.

(٢) أي مالايتساوى.

....

التعارف لامن كل وجه، ولا من جميع الوجوه، فانّ الأوّل موجود، والثاني موقوف للاتّحاد، فكلّ شيء يكون له مثل في العرف، ويقال له انّ هذا له مثل عرفاً، فيؤخذ ذلك.

فان تعذر المثل، أي لم يمكن اصلاً فالقيمة للتعذّر.

ويؤيّده أنه على تقدير ثبوت كون المتلف مثلياً مثل الحنطة لايؤخذ بها كل حنطة، بل مثل ماتلف عرفاً، وقيمة مثل سن الجمل بمثله من الجمل والأعلى بمثله لابآخر، وكذا في غيره، فيمكن ان اراد ذلك مع المساواة في القيمة، فاذا كان ثوباً(١) مثل ثوب آخر في اللون والقماش وبقيمته يكون ذلك المثل، وكذا الفرس العتيق خاص يكون تحته خاص، وقيمته متعينة يكون مثلها بمثلها، وهكذا. وعليه يحمل ما في الكتاب والسّنة والاجماع.

وكأنّه الى هذا اشار مانقل في الشرح: اطبق الأصحاب على ضمان المثلي بالمثل، آلا مايظهر من كلام ابن الجنيد، فانّه قال: ان تلف المغصوب دفع قيمته او مثله، ان رضي صاحبه.

لعلّه يريد القيمي، فانّ في ضمانه بالمثل خلافاً، وظاهر مذهب الشيخ المحقق نجم الدين في بعض المواضع ضمانه بالمثل، والمشهور خلافه.

ويمكن ان يكون قول ابن الجنيد اشارة الى انّ تحقيق المثل لايمكن، وحينئذٍ مايلزمه الآ القيمة، ولكن ان رضي الغريمان يجوز اخذ المثل، والاكتفاء به الله يعلم

ثم اعلم أنّه ادعى الشيخ علي في شرح القواعد في وجوب المثل في المثلي وظاهر كلام ابن الجنيد في لزومه(٢)، فانّه يقول بجواز ردّ القيمة، فانّه خيّره.

---

(١) هكذا في جميع النسخ، ولعلّ الصواب ثوبٌ بالضمّ.

(٢) هكذا في جميع النسخ، والصواب في عدم لزومه.

ومع التعذر، القيمة وقت الدفع.

وفي غيره بالقيمة، عند التلف، على رأي، والأعلى من حين الغصب الى التلف ماعلى رأي.

وقال الشيخ علي في موضع في شرح قوله في بيان المثل او أعلى القيمة: انّ خلاف ابن الجنيد مضمحّل وعلى ماحمل عليه كلامه في شرح الكتاب مايصير له خلافاً فيه، بل في القيمي فقط، كالمحقق، وانّما حمل عليه لانّ الخلاف هنا محقق دونه، والعبارة صالحة فالحمل عليه أولى.

قوله: ومع التعذر القيمة وقت الدفع الخ. أي لو تعذر المثل في المثلي.

قال في شرح القواعد: المراد بالتعذّر ان لا يوجد في ذلك البلد وما حواليه، وكذا في التذكرة: ولم يجدْ ما حواليه.

والظاهر انّ المرجع فيها الى العرف، اذا الظاهر أنّ مرجع التعذر هو العرف، لما مرّ من أنّ ماليس له حقيقة شرعية ـ ولم يكن المراد الحقيقة اللغويّة ـ، فالمراد العرفيّة.

ويمكن تكليف الغاصب به مهما امكن، خصوصاً ان كان المثل موجوداً في بعض البلاد القريب الى ذلك الموضع، وتكون الاغراض الكثيرة متعلقة بالعين فتأمّل، وأمّا دليل المثل فنقل الاجماع على ذلك في شرح القواعد، والآية ايضاً(١).

وأمّا القيمة فللتعدي، والضرر المنفي، والتكليف بما لايطاق غير جائز، واسقاط الحق غير معقول، والتأخير أيضاً ضرر، فتعيّن القيمة في الحال، جمعاً بين الحقّين وخروجاً عن الحقوق مهماامكن.

وأمّا القيمة وقت الدّفع، فلأنّ قبله الواجب، المثل ولهذا لو وجد قبل الدفع فهو يتعيّن للدفع فاذاً انّما تستقر القيمة وقت الدّفع، وقيله ايضاً مراعى الى بعدالدفع.

---

(١) يعني قوله تعالى: «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل مااعتدي» البقرة١٩٤.

....

وأمّا القيمة في القيميّ ففيه آراء الأوّل وقت التلف، لأنّه وقت الضمان، لأنّه حين التلف كان مكلّفاً بردّ العين، فيتعيّن عليه حينئذٍ القيمة، فهو من (ومن ـ خ) هذا الوقت مكلّف بدفع تلك القيمة الى ان يدفع، فلو نقص بعده لايوجب سقوط ماوجب، واستقر في ذمته بالتلف الموجب لذلك، للاستصحاب، وكذا ان زاد، لمامرّ.

ولما تقرر عندهم انّ القيمة السّوقية لا تضمن في الغصب ايضاً، والفرض انّ الزيادة للسوق، فانّه لو كان لفوت عوض ونقص وعيب ـ ولو كان للسّمن والهزال الذي يحصل عنده ـ فانّه مضمون، فلانزاع على ماصرح به في الشرح وغيره، فبعد نقل الاتفاق على عدم الضمان بقيمته السّوقية يبعد الخلاف هنا، والقول بأعلى القيم من غير زيادة بوجه تقدّم، بل مجرّد السوق.

ومن هذا علم قوّة هذا الرأي وضعف الثاني، خصوصاً أعلى القيمة من حين الغصب الى حين التلف لأنّ الغاصب مؤاخذ بأشقّ الأحوال، وهو دليل الرأي الثاني وفيه منع، اذ لادليل عليه، وليس ببديهي، وهو قرينة المدّعى وأخذ (فأخذ ـ خ) الغاصب بالأشقّ الذي يكون ماذوناً فيه، فانّه لايمكن أخذ الزائد ولاقبله لأنّه غاصب، بل ولا زجره، والقول الموذي(١) بعد رجوعه وتوبته.

والثالث قيمة يوم القبض، فانّه ضامن حين قبض، فاذا تعذّر العين تعين تلك القيمة وفيه.

ايضاً منع، لأنّه ان عنى بضمانه ضمان قيمة ان تلف فهو مسلّم، ولكن لادلالة له على اعتبار تلك القيمة قبل التلف وقبل وجود الدفع، بل حين وجود العين ايضاً، وان اريد ضمان قيمته حينئذٍ مع وجود العين والقدرة على دفعه فهو

---

(١) عطف على قوله: زجره والمعنى أنه لايجوز زجره ولا القول الموذي بعد رجوعه عن الغصب وتوبته.

ويضمن الاصل والصنعة، وان كان ربويّاً، ولو كانت محرّمة لم يضمنها.

ممنوع، ولا يقول به احد والأظهر هو الاوّل فتأمّل.

قوله: ويضمن الاصل والصفة الخ. يعني الغاصب بل الضامن مطلقا يضمن اصل العين المتلفة والصنعة التي هي هيئته، وان كان ذلك الاصل ربويّاً، مثل الخاتم المصنوع لو اتلفه شخص، فانّه يضمن عينه على مقدار مافيه من الذهب والفضّة بهما، فانّهما مثليان، وصنعته ايضاً، أي اجرة مثل تلك الصفة، ولايحصل هنا الربا، لانّ الصنعة لها قيمة، فالزيادة في مقابلة تلك الصنعة.

وقال في القواعد بعدم ضمان الصنعة، وفيه تأمّل، ويحتمل ان يكون بناء على مذهبه من عدم الربا الّا في البيع، كما هو رأيه، فيلزم على القول بعموم الربا عدم جواز الزيادة مع المثل،فيكون هناحيفاً على المالك، فانّه يفوت عنه ماله قيمة، وليس له أخذه، فيمكن الانتقال الى القيمة، لانّ المثل هو مع الزيادة، وغير ممكن الأخذ شرعاً مثل التعذّر والفقدان، فتأمّل.

وقال: لايضمن الصنعة، كأنّه بناء على دخول الربا فيه، فيكون رجوعاً، ويحتمل غيره.

واستشكل في القواعد ضمان الزيادة، ينشأمن مساواة الغاصب لغيره، فكما لايضمن الغير لايضمن الغاصب ايضاً ومن الفرق، وأنّه مأخوذ بالأشقّ.

وجه الاوّل واضح على تقدير القول بتحريم اتّخاذها الا الاستعمال (لالاستعمال ـ خ)، ثم اخذ المثل، فتأمّل.

هذا ان كانت تلك الصنعة (محلّلة ـ خ).

وامّا اذا كانت محرّمة كأواني الذهب والفضّة وآلات اللّهو وغيرها، فانّه لايضمن الصنعة حينئذٍ، وهوظاهر، بل لو أتلف العين يضمنها فقط.

وان كسرها لايضمن شيئاً في الكل، على القول بتحريم الاستعمال فيها

وفي اعضاء الدابة الارش (بالارش ـ خ) على رأي.

مطلقا، وأمّا مع تخصيص الاستعمال فلا(١).

قوله: وفي أعضاء الدابّة الأرش على رأي. يعني اذا أتلف عضواً من أعضاء الدابّة، يلزمه الأرش مطلقا، أيّ عضو كان، فيقوّم صحيحاً مع ذلك العضو وبدونه، فيؤخذ الحيوان مع أرشه، لأنه مال له أرش كسائر الأموال، ولأنّ العضو له قيمة مضمونة يقيناً وفرضا، فلابدّ له من عوض، وماثبت له في الشرع عوض معيّن، فيكون قيمته، السّوقية، وهو الارش.

ونقل عن الشيخ في الخلاف انّ كلّ عضو في الحيوان ان كان اثنان ففي كل واحد نصف ديته ومافيه الواحد ففيه كل الديّة، كما في الآدمي، محتجّاً بالاجماع والرّواية(٢).

وذلك غير ظاهر، فانّ الخلاف ظاهر، نجد اكثر المتاخرين على خلافه، والرواية غير معلومة، وهما(٣) يوجدان في الأدنى وحمل الحيوان عليه قياس لايمكن القول به.

نعم ورد في بعض الروايات في التهذيب وفي الكافي، بربع من القيمة في احدى عيني الدابة، وروى في التهذيب ـ صريحاً ـ عن عمر بن اذينة، قال: كتبت الى أبي عبدالله عليه السّلام أسأله عن رواية الحسن البصري يرويها عن علي عليه السّلام في عين ذات الاربع قوائم اذا فقئت، ربع ثمنها، فقال عليه السّلام: صدق الحسن، قد قال علي عليه السّلام ذلك(٤).

وصحيحاً عن عاصم بن حميد، عن محمّد بن قيس ـ الثقة ـ عن أبي جعفر

(١) يعني لو خصصنا التحريم بالاستعمال فليس كذلك، يعني هوضامن.
(٢) الوسائل الباب ١ من ابواب ديات الاعضاء الرواية١ (ج١٩ ص٢١٣).
(٣) أي الاجماع والرواية.
(٤) الوسائل الباب ٤٧ من ابواب ديات الأعضاء الرواية٢ ج١٩ ص٢٧١.

....

عليه السّلام، قال: قضى عليّ عليه السّلام، في عين فرس فقئت، ربع ثمنها، يوم فقئت العين(١).

وهذه في الكافي ايضاً، ولكن حسنة، لابراهيم بن هاشم(٢) وهي صحيحة في زيادات حدود الفقيه، لأنّ طريقه اليه صحيح(٣)، والذي طريقه اليه صحّ، ثقة، على مابيّناه، ويفهم ذلك من كتاب ابن داود النجاشي.

ولا يتوهم كون محمّد بن قيس مشتركاً، فانّه الثقة، على مابيّناه مراراً ومثلها عدّة اخبار فيها عن مسمع وأبي العباس.

ولا يخفى أنّه لايمكن جعلها دليلاً للشيخ، لعدم موافقتها لقوله، وليس بمعلوم القائل بها، ولو علم لابأس بالقول بمضمونها، للصحّة وعدم التعدى.

ونقل في شرح الشرائع عن المصنف في المختلف أنّه حملها على غير الغاصب في احدى العينين، بشرط نقص القدر عن الأرش، وكذا حمل الاجماع عليه وقال: هذا الحمل حسن، لو صحت الرواية.

وما نعرف موجب هذا الحمل ولا حسنه، خصوصاً الاجماع، فانّه كيف يمكن حمل نقل الاجماع على أنّ كلّ اثنين في الحيوان يجب نصف القيمة بكل واحد، وفي الفرد كلّها على ماذكره.

ولعل شارح الشرائع لايقول بصحته لمامرّ بالروايات منه مراراً، وحققه في

---

(١) الوسائل الباب ٤٧ من ابواب ديات الاعضاء الرواية٣ وفي الكافي يوم فقئت عينها.

(٢) سندها ـ كما في الكافي ـ هكذا: علي بن ابراهيم، عن ابيه، عن ابن أبي نجران، عن عاصم بن حميد، عن محمّد بن قيس.

(٣) طريق الصدوق اليه، كما في مشيخة الفقيه هكذا: وما كان فيه عن محمّد بن قيس فقد رويته عن أبي رحمه الله، عن سعد بن عبدالله، عن ابراهيم بن هاشم عن عبدالرحمن، بن أبي نجران عن عاصم بن حميد عن محمّد بن قيس.

وبهيمة القاضي كغيرها.

ولو تلف العبد او الأمة، ضمن قيمتها، وان تجاوزت الدية، على رأي.

ولو قتله اجنبي ضمن دية الحرّ، مع التجاوز، والزائد على الغاصب.

الدراية، من اشتراك محمّد بن قيس، وقد عرفت مافيه، على أنّه لم يجئ ذلك في صحيحة عمر بن اذينة.

فقوله: (لو صحت)، محل التأمّل، كأنّه مانظر الاّ في الكافي كالشارح، فانّه قال: روى الكليني باسناده الى عاصم بن حميد الخ، وقال الشارح: ماجد سوى مارواه ابن يعقوب عن عاصم بن حميد الخ، ولم يذكر التهذيب، ولا رواية عمر بن اذينة، بل ذكر رواية محمّد بن قيس الى العباس، وزادفي الشرح رواية مسمع(١)، فتأمّل، فكأنّهما مانظرا سوى الكليني.

وأعلم أنّ ظاهر المختلف أنّه حمل الرواية التي ادّعاها، على النصف، لاهذه الرواية، كما يظهر من شرح الشرائع، وأنّ الحمل غير ظاهر الحسن، ويمكن كون حملها وحمل مادلّ على الرّبع على كون الأرش ذلك، كما حمل مادلّ على تعيّن القيمة، عليه.

قوله: وبهيمة القاضي كغيرها وهو ظاهر. كأنه اشار الى ردّ بعض العامّة الذي قال بالفرق.

قوله: ولو تلف العبد والأمة ضمن الخ. يعنى لو تلف العبد المغصوب وكذا الأمة تحت يد الغاصب ضمن الغاصب قيمتهما،وان تجاوز دية الحرّ، على رأي

---

(١) راجع الوسائل الباب ٤٧ من ابواب ديه الاعضاء.

ولو مثل به لم يعتق (ينعتق - خ)، على رأي.

المصنف، لأنّ المملوك مال مغصوب مضمون متلف فيجب قيمته بالغاً مابلغت كسائر الأموال، خرج غير المغصوب بالاتفاق، بقي هو تحت العموم.

ونقل عن المبسوط والخلاف قولاً بالمساواة، للأصل، ولغلبة الانسانية فيه، فيكون في حكم الانسان، فلا يتجاوز دية الحرّ.

وفيه منع، لانّ الدليل أبطل الأصل، وكونه انساناً لايقتضي التوقف عند دية الحرّ، والّا كان يجب الدية دائماً.

وبالجملة الدليل يقتضي اعتبار القيمة في جميع المقوّمات اي شيء كان خرج ماخرج، وبقي الباقي.

وكأنّه لبعد هذا القول نقل عن المصنف في الشرح، أنّه اراد الشيخ التسوية على(١) ضمان الأجنبي اذا جنى على المغصوب لا أنّه(٢) جنى عليه الغاصب أو تلف عنده، فانّه لو جنى عليه اجنبيّ يجب على الجان القيمة مالم يتجاوز دية الحرّ، ومع التجاوز يضمن الزيادة الغاصب، لا الجاني، فتأمّل.

قوله: ولو مثل به لم ينعتق الخ. يعنى لو مثل الغاصب او غيره بالعبد المغصوب لم ينعتق بسبب المثلة، لأنّ الأصل بقاء الملك على ملك صاحبه حتى يعلم الخروج بالعتق بالدليل، ولا دليل هنا، لأنّ الاتفاق وقع في مثلة المالك، وغيره قياس مع الفارق، اذ قد يكون السبب عقوبة المالك لاجبر كسر العبد مطلقا، اولهما.

ولرواية أبي بصير، عن أبي جعفر عليه السّلام، قال: قضى اميرالمؤمنين عليه السّلام، فيمن نكلّ بمملوكه، أنّه حرّ، لاسبيل له عليه سائبة يذهب فيتولى من

(١) هكذا في النسخ، ولعلّ الصواب في ضمان الأجنبي.

(٢) في النسختين المخطوطتين لأنّه جنى الخ، ولعلّ الصواب ماأثبتناه.

ومقدر الحرّ مقدّر فيه، والّا الحكومة.

(الى ـ خ) احب، فاذا ضمن حدثه فهو يرثه(١).

وفيها عبدالحميد المشترك وأبي بصير(٢)، ولا يبعد كونهما ثقة.

وكأنّ الشيخ استدل على قوله بالعتق بالمثلة مطلقا، بالقياس المتقدّم.

وبرواية جعفر بن محبوب ـ في التهذيب والكافي ـ، عمن ذكره، عن أبي عبدالله عليه السّلام، قال: كل عبد مثل به فهو حرّ(٣).

ويمكن انّ جزاء الأولى(٤) ايضاً، قوله: نكّل، بضم الاول مبنياً للمفعول.

وقد عرفت بطلان القياس، ويعلم عدم صحة سند هذه لجهل جعفر بن محبوب، والارسال، وانّ الظاهر في الاول البناء للفاعل، وأنّه يمكن هنا ايضاً جزاء مثل بناء للفاعل، ويكون الضمير للمولى المذكور يعني لذلك العبد، فيكون التقدير، كل عبد مثله مولاه فهو حرّ، فيوافق الاتفاق(٥) والاولى.

وبالجملة لايمكن الحكم بعتق مال الناس وخروجه عن ملكه المحقّق باليقين بمثل هذا الدليل والشيخ أعرف.

قوله: ومقدر الحرّ مقدّر فيه الخ. أي كلّ عضو من العبد اذا تلف عند الغاصب، ان كان له مقدّر في الحرّ فاللازم ذلك المقدّر، فلو كان احدى عينيه او احد عضو يكون فيه اثنان فأرشه نصف قيمته، وان كان واحداً مثل الذكر فأرشه كلّ قيمته، وهو المراد بالحكومة، يعني بثمن صحيحاً (صحيح ـ خ) ثم يقوّم

(١) الوسائل الباب ٢٢ من كتاب العتق الرواية٢.

(٢) سندها ـ كما في التهذيب ـ هكذا: محمّد بن احمد بن يحيى، عن عبدالحميد، عن هشام بن سالم، عن أبي بصير.

(٣) الوسائل الباب ٢٢ من كتاب العتق الرواية١.

(٤) الأنسب ان يقول: شرط جزاء الاولى قوله الخ.

(٥) الواو في قوله (والاولى) بمعنى مع.

ولو استغرقت (استوعبت ـ خ) القيمة، قال الشيخ: دفع، واخذها، اوأمسك مجاناً، وفيه نظر.

(معدوم ـ خ) العضو، فيؤخذ التفاوت بين الثمنين.

وجهه أنه عضو له قيمة من مال له قيمة، فتلف بالضمان، فيكون مضموناً، وليس بمثلي، ولاقيمة له على حدة، فيكون الأرش، وفي الاوّل لما كان له مقدّر.

وكأنّه لاخلاف فيه عندهم هنا، ولا في انّ العبد فرع للحرّ، فيما له مقدّر وبالعكس فيما لامقدّر له، كما صرّح في كتاب الدّيات.

قوله: ولو استوعبت القيمة الخ. يعني اذا تلف من العبد المغصوب عنده مايستغرق قيمته بالكليّة، مثل ان قطع ذكره، فذهب الشيخ(١) أنّه لايمسكه الآ ان يكون رضى (برضى ـ خ) المالك، بان يكون العبدللضامن ويأخذ قيمته اويأخذه ولا يأخذ شيئاً، اذ لايلزم على المتلف اكثرقيمة المضمون(٢)، ولا يجمع بين العوض والمعوض، ولأنّه اذا جنى عليه أحد غير مغصوب بما فيه ايضاً يدفع ويؤخذ القيمة أو يأخذ مجاناً، والموجب هوعذر جمع العين للمالك موجود صار مايوجب (بموجب ـ خ) ذلك(٣).

وقال المصنف: وفيه نظر، وجهه عدم ظهور المنافاة، فانّ العبد، مضمون،

---

(١) قال في الشرائع: اما لواستغرقت قيمته قال الشيخ كان المالك مخيّراً بين تسليمه واخذ القيمة وبين امساكه ولا شيء له تسوية بين الغاصب في الجناية وغيره.

وفي المسالك هذا قول الشيخ في المبسوط، ووجهه ان المقتضي لدفعه الى الجاني اذا اخذت منه قيمته التحرّز من الجمع للمالك بين العوض والمعوض، وهذا المعنى موجود في الغاصب فيستويان في هذا الحكم، لاشتراكهما في المقتضى ـ الى ان قال ـ ومن انّ المدفوع عوض عن الفائت فلا جمع وحمل الغاصب على الجاني قياس، ج٢ ص٢٦١.

(٢) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب، اكثر من قيمة المضمون.

(٣) هكذا في جميع النسخ؛ وهذه العبارة مجملة جداً.ولعل توضيحه يفهم من عبارة المالك.

ولو زادت قيمته بالخصى، او قطع الإصبع الزائد، ضمن المقطوع.

وكذلك كل عضو عضو منه، فكلّما فات منه يلزم قيمته، وقد يلزم قيماً كثيرة، كما قطع أحد تحت يد المالك احدى يديه، وآخر في وقت آخر ذكره، وغير ذلك، فانّه يأخذ المالك كلّها.

وبالجملة المال مضمون مع مايرد عليه، ولا دليل على عدم الاجتماع، وما اجتمع العوض والمعوض، لانّ العوض هو قيمة العضو والمعوض ذلك العضو، لاالعبد، ولا استبعاد بأنّه لو قتله ماكان عليه الا قيمة واحدة، مع تلفه عن المال لوعدم وصوله اليه، فكيف يأخذ مع بقائه قيمته بالتمام او اكثر مع نفسه، فالظاهر لزوم العوض مع دفع العين، كما هو مقتضى الدليل، لانّ العين مال المالك وخروجه لا دليل عليه، وقيمته لازمة على الضامن لضمانه، وكونه مثل القيمة، وبقاء العبد ليس بمسقط لاعقلاً ولانقلاً، ووجود النقل(١) في الجاني لايقتضي كون الغاصب كذلك، فانّ له احكاماً، فيحتمل اختصاص هذا الحكم بما اذا اتلف (تلف-خ) عند الغاصب بجنايته او بآفة لابجناية جان، فيكون حينئذٍ حكمه حكم سائر الجنايات.

فيحتمل ان يأخذ الجاني من الغاصب قيمة العين المتلف عضوه، ويدفع قيمة العبد الى المالك، ويدفع الى المالك للغصب، ويحتمل دفعه الى الجاني كما في سائر الجنايات.

ويمكن ان يكون حكم الجناية في غير المغصوب مطلقا، سواء كان المتلف بجناية جان ام لا، فتأمّل.

قوله: ولو زادت قيمته بالخصاء (الخصى-خ) الخ. يعني لو زادت

---

(١) اشارة الى رواية أبي مريم.

ولا يملك الغصب بتغيير الصفة، ولا بصيرورة الحبّ زرعاً، والبيض فرخاً.

قيمة العبد المغصوب بنقص العضو مثل الخصى، او (و-خ) قطع الاصبع الزائد، ضمن المقطوع بما تقرّر في الشرع، لأنّه قال مضمون، فيلزم عوض ماقطع منه، ان كان ممّا له قيمة، فيدفع معه الى المالك مهما كان.

ونقل عن (في - خ) التذكرة أنّه كان فيه تمام القيمة يعتق العبد ويدفعها الى المالك لاغير.

قوله: ولا يملك الغاصب بتغير (بتغير-خ) الصفة الخ. قال في التذكرة: لايملك الغاصب العين المضمونة بتغير صفتها، فلو غصب حنطة فطحنها، او شاة فذبحها، او حديداً فصنعه سكّينا او آنية او آلة او ثوباً فقطعه اوقصّره، او طينا فضربه لبنا، فانّ حق المالك لاينقطع عن هذه الأعيان، ولا يملك الغاصب العين بشيء من هذه التصرفات، بل يردّهامع ارش النقص ان نقصت القيمة عند علمائنا وبه قال الشافعي الخ.

وسنده أنّ الأصل عدم خروج الملك عن ملك صاحبه، وبقائه عليه حتى يعلم خلافه، والغصب والتصرف لم يثبت كونهما موجباً لذلك، بل موجب للضمان، ويبعد من الشرع الشريف القويّ تجويز اخراج مال المالك منه بهما، فانّه ضرر وقبيح عقلاً ونقلاً.

وهذا الدليل جار في نماء الملك كلّه حتى الزرع والفرخ، فيكون مايحصل من مزارعة الحبّ المغصوب للمالك، وكذا الفرخ يكون لمالك البيضة، فانّها ملكه ومادّة ملكه زاد كالسّمن، اذ لاشك فيبقاء ماكان هوكان ملكا له فيها، اذ ماعدم حبّ الحنطة مثلاً والبيضة بالمرّة، ووجود الزراعة والفرخ من كتم العدم زمانين، بل كانت المادّة بل الصور الجسميّة ايضاً باقية فتغيرت الصورة النوعية كما تغيرت الصفات، فلا يمكن الحكم بصيرورته للغاصب بالتغيير فيكون للمالك، كما يقولون

ولو تعذر العين فدفع القيمة، ملكها المالك، ولم يملك الغاصب الغصب، وعليه الاجرة الى وقت أخذ البدل.

انّ ولد الأمة اذا زنت أنه لمالك الأمّ، وأنه اذا حصل للدابّة ولد فهو لمالك الدابة، وان حصل بسبب شيء (شهيّ ـ خ) اختلاط منّي دابّة الغير، وسواء كان عند الغاصب وغيره.

ويؤيّده رواية عقبة بن خالد، قال: سألت اباعبدالله عليه السّلام عن رجل اتى أرض رجل فزرعها (فيزرعها ـ يب) بغير اذنه حتى اذا بلغ الزرع، جاء صاحب الأرض، فقال: زرعت بغير اذني فزرعك لي وعلي ما انفقت، أله ذلك ام لا؟ فقال: للزارع زرعه ولصاحب الأرض كرى ارضه(١) ولايضرّ جهل محمّد بن عبدالله بن الهلال(٢)، وعدم التصريح بتوثيق عقبة، والدلالة غير مخفيّة، اذ (و ـ خ) المراد على الظاهر، أنّ الزرع لصاحب الحبّ، فان الزرع مايوجب الملك، وانّ الزرع ليس له ان لم يكن البذر له، فانه عامل له أجرة، فتأمّل.

فقول الشيخ بأنها للمالك ـ كقول بعض العامّة ـ ليس بواضح، ولهذا ماصرّح بخلافه ايضاً بل اشار بقوله: ولا بصيرورة الحبّ الخ، فتأمّل.

قوله: ولو تعذّر العين الخ. أي لو تعذّر دفع العين بسبب ضياع ونحوه، فدفع الغاصب القيمة الى مالك المغصوب ملكها، ولكنّ الظاهر أنّه ملك متزلزل، فانّه متى تمكن من الدفع يجب دفعه اليه، فيوصل حقّه اليه اذا دفع فترجع، فالدّفع كأنّه للحيلولة، ولم يملك الغاصب المغصوب، وعليه اجرة المغصوب لمالكه من وقت الغصب الذي له منفعة، واجرة الى حين أخذ البدل، أي القيمة.

دليل ملكية القيمة أنّه عوض ماله الواجب عوضه، ودفع على أنّه عوض،

---

(١) الوسائل الباب٢ من كتاب الغصب الرواية١، ج١٧ ص٣١٠.

(٢) سندها ـ كما في التهذيب ـ هكذا: محمّد بن يحيى، عن محمّد بن الحسين، عن محمّد بن عبدالله بن الهلال، عن عقبة بن خالد ج٧ ص٢٣٦، الطبعة الجديدة.

فان تمكّن بعد ذلك من العين وجب دفعها، ويستعيد ماغرم (غرمه ـ خ).

ويضمن التالف من الخفّين بقيمته مجتمعاً، ويردّ الباقي وارش نقص الانفراد.

ولو أخذ أحد الخفّين ضمنه مجتمعاً، ولو أطعمه المالك أو أباحه في ذبح الشاة جاهلاً، لم يزل الضمان.

فيملك كسائر الأعواض.

ودليل كونه متزلزلاً أنّه قد يرجع الى مالكه الغاصب، ولا يكون هذا ملكاً مستقرّاً لازماً.

ودليل وجوب ردّ (دفع ـ خ) العين المغصوبة ممّن تمكّن منه أنّه عين مضمون يجب دفعه كلّما أمكن، ودفع العوض عند التعذّر، لاينافي ذلك، فانّه متزلزل وعوض الحيلولة، ويمكن عدم ملك المالك له، وكونه للحيلولة فقط، فينتفع به الى ان يحصل العين، ويكون النماء حينئذٍ للغاصب، ولا يحصل كثير نفع للمالك، ولكن ينبغي حينئذٍ كون الأجرة من حين الغصب الى حين وصول المغصوب الى المالك، فتأمّل.

وأمّا دليل عدم ملكية الغاصب للعين المغصوبة، لاصالة بقاء المال على ملك مالكه، وعدم دخوله في ملك غيره خصوصاً الغاصب.

واذا تمكن من دفع العين ودفعه، يجب على المالك دفع ماأخذه من القيمة للحيلولة لانماء القيمة، ولا الأجرة التي أخذها، وهو المراد بقوله: (ماغرم).

قوله: ويضمن التالف من الخفّين الخ. يعني اذا غصب شخص خفين معا، وتلف احدهما يجب عليه قيمة التالف، وهو قيمته اذا قوّمتا معاً وحصّة من قيمة المجموع وردّ الفرد الآخر مع أرش نقصه، وهو التفاوت مابين قيمته منفرداً

ولو اطعمه غير المالك تخيّر، فان رجع على الآكل، رجع الآكل على الغاصب، مع الجهل، والّا فلا، وان رجع على الغاصب رجع على الآكل العالم.

ولو انزى فحلاً مغصوباً، فالولد لصاحب الأنثى.

وقيمته من مجموع القيمة لهما معاً وجهه ظاهر.

وأمّا لو غصب واحد، فهو يضمن قيمته من قيمتها معاً، هكذا ظاهر المتن.

ويحتمل هنا ايضاً أرش نقص قيمة الآخر، فانّه سبب بل مباشر لذلك النقص، بحيث لزم من غصبه الآخر، كما في تلف ولد الشاة ونحوه فتأمّل.

قوله: ولو أطعمه المالك الخ. يعني لو أطعم الغاصب بما غصبه المالك، جاهلاً بأنّه له و (او ـ خ) أباحه في ذبح شاته المغصوبة، لم يزل الضمان عن الغاصب، ولم يخرج، بل هو ضامن يجب عليه ما كان يجب (عليه ـ خ) قبل الاطعام والاباحة.

دليله أنه كان ضامناً، والأصل بقائه حتى يعلم خروجه عنه، وهو غير معلوم بما فعل، اذ قد يقول: انّي لو علمت أنّه مالى ماكنت آكله بل أُبقيه وآخذ ثمنه وأصرفه على عيالى اذا اتّخذته، مثلاً، خصوصاً اذا كان طعاماً ذا قيمة كثيرة، وكذا في ذبح الشاة، ولهذا لو اباحه لغير المالك الجاهل، قلنا لايضمن الجاهل، وعلى تقدير ضمانه يرجع على الغاصب الغارّ.

وبالجملة السبب الذي هو الغارّ مقدّم فهو ضامن، لما قلنا من عدم ضمان الجاهل.

ووجه وقوعه على الآكل العالم ظاهر، ثم رجوع الغاصب اليه فانّ المال أتلفه عالماً، فهو المباشر والغاصب سبب، وقد ثبت تقديمه بالاجماع المنقول سابقاً و بالعقل.

قوله: ولو أنزى فحلاً الخ. أي لو أنزى الغاصب الفحل المغصوب فالولد

وعليه اجرة الضِراب، وأرش النقص.

ويضمن الاجرة مدة بقائه، ان كان ذا اجرة، وان لم ينتفع، والأرش ان نقص، ولايتداخلان، وان كان النقص بسبب الاستعمال.

ويضمن نقص الزيت والعصر، على رأي، لو أغلاهما.

الحاصل منها لمالكها، لأنّ الولد جزء منها ونمائها، ولم يعلم كون جزء من الفحل فيه واجب الردّ، فتأمّل.

وهو ضامن الفحل وما معه وأجرته، ان كان ذا أجرة، لما مرّ في مطلق المغصوب، ومنه أجرة الضرّاب، ان كان له أجرة عادة.

وله ايضاً أرش نقص لو حصل عنده، ولايتداخل الأرش والأجرة، وان كان لزوم الأرش بسبب نقص حصل بالاستعمال الذي أخذ أجرته، فلا يقال أنّه حينئذٍ يلزم الأجرة فقط، لأنّه حدث بسبب استعمال موجب للنقص، فكأنه انما أحدث النقص، وهذا فيما كان النقص لازماً للاستعمال أوضح.

واذا روعي في الأجرة النقص أيضاً يعني اجرة مثل هذا الاستعمال الموجب لنقص كذا يكون كذا، لايبعد التداخل.

وسبب العدم هو أنّ الاستعمال او فوت المنفعة المضمونة سبب للضمان، والنقص سبب آخر، والأصل عدم التداخل.

ويحتمل ارجاع ضمير (بقائه) الى الفحل والى المغصوب مطلقا، فتأمّل.

قوله: ويضمن نقص الزيت والعصير، على رأي. أي لو أغلا الزيت والعصير المغصوبين، بل وكذا لوغليا بنفسها فنقصا، يضمن الغاصب النقيصة فيها، لأنّه جزء من عين مضمونة، فيكون مضموناً، كما في سائر النقصانات المضمونة.

ونقل عن الشيخ قولاً في العصير(١) بعدم ضمان نقيصته، لأنّ الناقص

---

(١) هكذا في جميع النسخ، ولعلّ الصواب، قول.

ولو زادت بفعل الغاصب أثر تبعت وان نقصت، ضمن.

ولو صبغ فله قلع صبغه، ويضمن النقص، ولو امتنع الزمه المالك، ولو اتّفقا على التبقية وبيع الثوب، فللمالك قيمة ثوبه كحملاً.

أجزاء مائيّة لاقيمة له، ولهذا يتغيّر طعمه ويحلو ويزيد قيمته، بخلاف الزيت، فان الفائت اجزاء معيّنة بالغليان كنقصه بالاشتعال.

وكأنّه لذلك مانقل الخلاف منه، فقوله: (على رأي)، انما يكون في العصير فقط.

وجهه مطلقا ماتقدّم، وكونه ماء لاقيمة له غير ظاهر، ولا ينافيه زيادة قيمة الباقي للحلاوة، فانها زيادة في مال المغصوب، ولو كان بفعل الغاصب، فهو للمالك، فتأمّل.

قوله: ولو زادت بفعل الغاصب اثراً الخ. يعني لو زادت العين المغصوبة أثراً، أي وصفاً، احترازاً عن عين، مثل الصبغ، فانّه للغاصب، ولو كانت تلك الزيادة بفعل الغاصب يتبع العين، أي هي ايضاً مضمونة كالاصل، بل صارت بمنزلة جزء عين موجود في المغصوبة حين غصبها كتعليم صنعة اونسج غزلة وخياطة ثوبه، فلو نقصت تلك الزيادة بعد ان وجدت، كما لونسى العبد الصنعة التي يعلم (تعلّم ـ خ) (يعلمها) العبد الغاصب، يكون ضامناً له.

وجهه أنّه بعدوجودها في العين صارت ملكاً للمالك وجزء لمملوكه من غير عوض له للغاصب، فيكون مضموناً، ولافرق في ذلك بين حصوله ثانياً، وكونه اوّلاً إذ الوجود صار له ومضموناً بيد الغاصب المكلّف بدفعه وعوضه لو تلف، فيضمن كالأصل، والأجزاء السابقة والأوصاف السالفة، كالكبر بزيادة الأجزاء بعد الغصب عنده، فتأمّل.

قوله: ولو صبغ فله قلع صبغه الخ. اشارة الى كون الزيادة عيناً (عيباً ـ خ) من الغاصب، ومثله لو كان من غيره أيضاً، فلو غصب ثوباً وصبغه

....

بصبغه فالثوب للمالك والصبغ للغاصب، لأنّه عين ماله لم يصر ملك المغصوب منه بسبب ضمّه الى ماله المغصوب، فله قلع صبغه ان أمكن، ولكن يضمن النقص الذي يحصل بالقلع.

ويمكن ان يكون للمالك منعه، فانّه يصير تصرّفاً في ملكه بالتضييع والتبعيض، مع أنّ سبب مافيه فعله المنهي عنه، فكأنّه ضيّع ماله، خصوصاً اذا لم يكن له بعد القلع قيمة او يكون سبب لزوم نقصه مساوياً او أنقص، فلا فائدة في القلع او مع عدم زيادة شيء في قيمة العين بل نقصه، فتأمّل.

وأمّا اذا الزمه المالك بالقلع فيجوز قلعه مطلقا، ولزم (ملزم-خ) نقصه(١)، وان كان الثمن معه زائداً او بدلّه(٢) الغاصب نقصه وتعديه، على أنّه قد يمكن احتمال العدم هنا ايضاً، فتأمّل.

ولو تراضيا بشيء فلا شكّ في جوازه، فلو اتفقا على التبقية وبيع الثوب، فللمالك قيمة ثوبه كملا خاليا عن ذلك الوصف، لأنّه مضمون على الغاصب قيمته كملاً، ولأنّ الرّضا بالابقاء والبيع لايوجب نقص شيء، فان حصل له ايضاً قيمة صبغه فلا كلام، وان حصل ربح قسّم بينهما بالنسبة، ويحتمل اختصاص الغاصب، بل المالك أيضاً، فتأمّل هذا ان لم يعلم.

وأمّا ان علم سبب الزيادة فيعمل به، فان كان احدهما خاصّة خصّ بصاحبه، وان كانا على السّواء فهو كذلك، وبالتفاوت فكذلك ،فتأمّل وان نقص فالنقص على الغاصب، بل يمكن ان لو بيع بأقل من الخالي عن الوصف، فهو عليه ايضاً، لأنّ النقص بفعله فتأمّل.

---

(١) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب لزمه نقصه.

(٢) هكذا في جميع السخ، ويحتمل ان تكون العبارة بذله بالذال المعجمة.

ولو مزجه بالمثل تشاركا.

وكذا بالأجود على رأي، وبالأردئ او بغير الجنس، يضمن بالمثل (المثل-خ).

قوله: ولو مزجه بالمثل تشاركا الخ. يعني اذا مزج الغاصب مال المغصوب أو مزج بغير اختياره بمثله فهما شريكان في الممزوج بنسبة ماهمافيه، وهو ظاهر.

وقال المصنف:

وكذا اذا مزج (بالأجود)، لأنّ عين ماله موجودة فيه، وزاد وصف زائدفهو له كتعليم الصنعة.

والظاهر ان لاكلام فيه ان رضي الغاصب.

وسبب الرأي الآخر هوالتخيير للغاصب بين دفع عوضه من العين والقيمة لأنّه معلوم وجود عين أجود للمالك فيه والتكليف بالعين مع ذلك تكليف زائد وضرر منفي، فكأنه اتلف العين، فيضمن القيمة اوالمثل،والمسألة لاتخلوعن اشكال، ويرجح الأوّل بأنه حصل بفعل الغاصب اوعنده، فانّه غصبه فادخل الضرر على نفسه، ولا يعقل الحكم بكون عين المال المغصوب للغاصب، لعدم لزوم نقص عليه بفعله، فتأمّل.

قوله: وبالأردئ اوبغير الجنس الخ. لأنّه أتلفه، فيضمن المثل او القيمة كسائر المتلفات.

ويحتمل في الاول تخيير المالك بين اخذ العين مع الأرش وبين تضمين المثل، كذا في حاشية الشيخ علي.

ينبغي اوالمثل او القيمة مع العدم.

وايضاً فيه أنّه يلزم الربا ان كان ربوياً، وهوعام عنده وعند الأكثر، فتأمّل، ويحتمل على مذهب المصنف.

والنماء المتجدّد مضمون كالاصل، وان كان منفعة، ولو سمن فزادت قيمته ثمّ نزل (هزل ـ خ) فنقصت، ضمن الغاصب، فان عاد السِمَّن والقيمة، فلا ضمان.

ولو عاد غير السّمن لم يجبر الهزال.

ويحتمل في الأخير الشركة لوجود العين مع مال الغير، واستشكله في القواعد.

قوله: والنّماء المتجدّد مضمون الخ. وجهه قد مرّ مراراً، فالسّمن الزائد عنده، مضمون، ان كان له قيمة كالموجود في الأصل، فان هزل ثمّ سمن الى ذلك المقدار الذي كان بعد الغصب. قال المصنف: فلا ضمان فيجبر هذا السّمن بالسمن الذي فات فلا ضمان، لأنه بمنزلة تسليم العين المسمّى واعطاء الجزء الناقص.

وقيل يضمن ايضاً ولايجبر، لأنّ الغاصب كان ضامناً له له، ولا دليل على سقوطه الّا وجود(١) هذا الثاني، ولايستلزم السقوط، لأنّ كلّ سمن اذا وجد فهو مضمون على حدّته، فالذي فات مضمون، وكذا الموجود فانّه بمنزلة صفتان متغايرتان لايجبر احدهما الآخر(٢)، كما اشار اليه بقوله: (ولو عاد غير السمن لم يجبر الهزال) أي لوسمن ثم هزل ثم حصل وصف آخر غير السّمن لم **يجبرذلك**، بل يضمن ذلك، وهذا ايضاً ظاهر، وكذا السّمنان، وذلك لايخلوعن بعد، لأنّ الاصل عدم الضمان، وليس بمعلوم دليله (دليل ـ خ) في مثله سوى ماذكره، وليس بدليل موجب، ولا اجماع الّا في المتغيّرين ان كان، فلا يبعد ماذكره المصنف عملاً بالأصل وعدم العلم بالدليل، والفرق هو الاتّحاد والاختلاف، خصوصاً اذا كان

---

(١) في بعض النسخ، والأجود هذا الثاني، والصواب ماأثبتناه.

(٢) هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب، لاتجبر احديها الأُخرى.

ولوعلمه صنعة (صنيعة ـ خ) فزادت قيمته، ثم نسيها، ضمن النقص، ولو زاد مالم تزد به القيمة، فلا شيء في تلفه.

وعليه عشر قيمة المملوكة البكر ونصف عشر قيمة الثيب إن وطأها جاهلة او مكرهة.

السّمن الثاني، بحيث لولم يزل السمن الاوّل لم يحصل هذا.

نعم لو قيل إن كان هذا أنقص من ذلك، وأنّه لو عيب (و ـ خ) وجد هو ايضاً حينئذٍ لكان السمن كثيراًويزيد القيمة، فيضمن، فلم يكن بعيداً(١)، ولكن العلم بذلك مشكل مع تساوي السمنين قيمة، كما هو المفروض، اذا الظاهر انّ الكلام في سمن يساوي ذلك هل يجبر المزال لاكلّه (كل سمن ـ خ) ولو كان لايساوي معه، فتأمّل، اذ كل بحيث لايجتمع معه، فتأمّل.

وكذا الكلام في الصنعة ونسيانها، والظاهر أنّه على تقدير النسيان والعود يعتبر ولا يضمن (وعلى ـ خ) تقدير حصول آخرها(٢) فتأمّل.

ومعلوم عدم الضمان لصفة لم تكن موجباً(٣) لزيادة القيمة اذ لاقيمة له، فلا معنى لضمانه كاتلاف ليس باتلاف المال، فلابد من كونه سبباً لتلف ماله قيمة فلايضمن بدون القيمة، ولا القيمة بدون شيء.

قوله: وعليه عشر قيمة المملوكة البكر الخ. يعني لو وطيء الغاصب الجارية المغصوبة جاهلة، سواء كان عالماً أو جاهلاً، عليه مع مايلزم الغاصب عشر قيمتها، ان كانت بكراً، ونصف عشرها، أن كانت ثيباً.

كأنّ دليله الجمع بين الروايات الدالّة على أنّ من اشترى جارية فوجد بها

---

(١) جواب لقوله قدّس سرّه: ان كان هذا الخ.

(٢) يعني العود.

(٣) هكذا في جميع النسخ، والصواب موجبة، وكذا في قوله: لاقيمة له فان الصواب لاقيمة لها.

....

حملاً موجباً للردّ بعد الوطء، يردّها بالعيب، ويردّ معها نصف عشر قيمتها.

مثل ماروى ابن سنان ـ في الصحيح ـ قال: سألت أباعبدالله عليه السّلام عن رجل اشترى جارية حبلى ولم يعلم بحبلها، فوطئها؟ قال: يردّها على الذي ابتاعها منه، ويردّ عليه (معها ـ ئل) نصف عشر قيمتها لنكاحه ايّاها وقد قال عليّ عليه السّلام: لا تردّ التي ليست بحبلى اذا وطأها صاحبها، ويوضع عنه من ثمنها بقدر عيب، ان كان فيها(١) ومثله كثير.

وفي الصحيح عن جميل بن صالح، عن عبدالملك بن عمرو (عمير ـ خ ل) هي عشر قيمتها(٢).

قال في التهذيب: يحتمل ان يكون غلطاً من الناسخ، بان يكون نصف عشر قيمتها (ثمنها ـ خ) فحذف (نصف) غلطاً(٣).

ويؤيده ماتقدم عنه نصف العشر، ولو كانت هذه الرواية مضبوطة لجاز حملها على من يطأ الجارية مع العلم بأنّها حبلى، فحينئذٍ يلزمه عشر قيمتها عقوبة، وانّما يلزم النصف مع الجهل.

ولعل المصنف وغيره ممّن يقول بمثل مامرّ في المتن من التفصيل بالبكر والثيّب جمعاً بين الرواية بحمل العشر على البكر ونصفه على الثيب.

ويؤيّده ماقال في الكافي ـ بعد نقل حسنة عبدالملك بن عمرو ـ: وفي رواية أُخرى، ان كانت بكراً فعشر ثمنها وان لم تكن بكراً فنصف عشر ثمنها(٤).

---

(١) الوسائل الباب ٥ من ابواب احكام العيوب الرواية١ واورد ذيلها في الباب٤ من تلك الابواب الرواية١ ج١٢ ص٤١٦.

(٢) الوسائل الباب٥ من ابواب احكام العيوب الرواية٣.

(٣) راجع التهذيب في باب العيوب الموجبة للردّ من كتاب التجارة.

(٤) الوسائل الباب ٥ من ابواب احكام العيوب الرواية٤.

....

وانت تعلم ضعف هذا الدليل، لأنّه قياس مع استنباط العلّة، لعدم دليل عليه، مع مافي اصله، اذ روايات التفصيل غير ظاهر المتن والسند، بل اشار اليه في الكافي، كما نقلناه، والروايات الدالة على أنّه يردّ نصف العشر كثيرة(١) وحمل آخر ايضاً ممكن، ولهذا حمل عليه الشيخ، فلا يتعيّن ماذكره، واصل براءة الذمة مؤيّد فيها، فالقول بمهر المثل هنا كما قال(٢) ونقل عن الشيخ وابن ادريس وتردّد في القواعد بينه وبين ماهنا وقال على الخلاف، ولكن مع جهلهما معاً بتحريم الوطء، فتأمّل.

ونقل في شرح القواعد الخلاف في ارش البكارة، فقيل به مع ماتقدّم، واختاره، وقال، قوّاه في التذكرة، لأنّ لوطء استيفاء منفعة البضع وازالة البكارة جناية، فلا يدخل حكم احديهما في الأخرى، ولوحظتا في مهر المثل كونها بكراً فذلك لأنّ وطء البكر خلاف وطء الثيب، في الحقيقة ذلك لحوظ باعتبار الوطيء لاباعتبار الجناية.

ويمكن ان يؤيّده(٣) ماسبق من انّ في الغصب يؤخذ أُجرة الدابّة ونقص ماحصل، وان كان في الاستعمال الذي اخذ أُجرته.

ونقل عن التحرير والشهيد الاكتفاء بمهر المثل المذكور هنا، والأصل دليله، وظاهر الروايات التي هي دليله، وكذا دليل ايجاب مهر المثل، وهو أنّ كل وطء موجب لذلك، وأنّه عوض المنفعة حيث ماوجب شيئاً، والسكوت في معرض البيان دليل الحصر، وهو في الروايات أظهر.

والظاهر انّ المهر لابد ان يلاحظ في البكارة، فيؤخذ المهر المقرّر لها، فمعناه

---

(١) راجع الباب ٥ من ابواب احكام العيوب.

(٢) هكذا في جميع النسخ، ولعلّ الصواب كما قيل.

(٣) وفي بعض النسخ بما سبق والصواب ما اثبتناه.

ولو طاوعته عالمة فلا شيء، على رأي، الّا أرش البكارة.

انّ الدخول الموجب لازالة البكارة في مثل هذه الجارية كذا وكذا، فيبعد حينئذٍ أخذ شيء آخر لمحض الازالة، لأنّها نقص، لأنّه قد دخل في الاوّل، وليس التفاوت بين الوطيين بمحض أنه دخول بالبكر، بل منظور معه أنّه قد فات بكارتها، واذا اخذها آخر لم يحصل لها الا مهر قليل لفوات تلك البكارة، فكأنّه اليه نظر رحمه الله، حيث قال: لأنّ البكارة ملحوظة على تقدير وجوب المهر او العشر، فتأمّل.

والأصل دليل قوى يحتاج الخروج عنه الى دليل قويّ، فأخذ الارش ايضاً مع العشر ونصفه بالدليل المتقدم، وكذا بدليل مهر المثل بعيد فتأمّل.

ثم ان طاوعته عالمة صارت مبغاة، وماروى عنه صلّى الله عليه وآله، ان لا مهر لبغيّ(١)، يدل على عدم المهر هنا، وكأنّه ثابت بالتواتر، و(أو ـ خ) صحيح او مقبول عندهم باجماع ونحوه، فتأمّل، والشك في ذلك ـ وأن ذلك انّما يكون فيمن يكون المهر لها، وهنا المهر انّما هو للمالك ـ يدلّ على ثبوته، واليه اشار بقوله (على رأي).

والظاهر أنّه على تقدير ثبوت الرواية وقبولها، فينبغي الاوّل لعمومها وعدم الفرق بين الأمة والحرّة، وكون المهر لها ولمولاها، لأنّ المراد بالمهر المنفي المهر الذي ثبت بواسطة وطئها، لا المهر الذي يكون ملكاً ويستحقّه هو، على الظاهر المتبادر فتأمّل.

وحينئذٍ الظاهر أن له أرش بكارتها، لأنّه نقص له عوض، فيجب على المتلف عوضها، وهو ظاهر، وليس سبب الوطء لو كانت زائلة عنده(٢)، لكان ذلك لازماً عليه، لما مرّ في سبب حملها (جهلها ـ خ) بالتحريم.

---

(١) لم نعثر عليه بهذه العبارة، نعم قد ورد: نهى النبيّ (ص) عن مهر البغي

(٢) يعني ليس الوطء سبباً مستقلاً في ايجاب الارش، بل السبب ازالة البكارة.

ومع جهلهما بالتحريم يتحرّر الولد.

وعليه قيمته يوم سقط (سقوطه ـ خ) حيّاً.

وأرش نقص الولادة، والعقر.

قوله: ومع جهلهما بالتحريم الخ. قال(١): بان يكونا قريباً(٢) العهد الى الاسلام.

امّا سبب تحرير الولد، فلأنّه ولد شبهة من حرّ، لأنّ الغرض أنّ الواطىء حرّ، فيكون حرّاً، ولا دخل لحمل الأمة فيه، وسواء كان سبب الشبهة عقداً وأنّه يكفي الرضا ونحو ذلك.

وأمّا وجه وجوب قيمة الولد على الأب، فلأنّه نماء ملك المالك فيكون له، ولمّا لم يمكن اخذه للحرّية لزم قيمته، كأنه أتلفه ابوه.

لعله لاخلاف مع وجود الروايات(٣) في مثل ذلك.

وأمّا كون قيمته يوم سقوطه حيّاً فلانه حينئذٍ ملك المغصوب منه ويستحقه قيمته لاقبله ولا بعده.

وأمّا وجه أرش نقص الولادة ان كان فلما تقدم من ضمان الغاصب كل نقص، وهو ظاهر.

وأمّا دليل لزوم العقر اى عوض البضع والوطء فهوماتقدّم، ويجيئ الاحتمال انّ الظاهر أنه هو المسمّى، وان كان بعقد يمكن صحته، لأنّه دخل على أنه لايلزمه الاّ المسمّى، والاّ فالظاهرهومهر المثل فتأمّل، وزيادة ارش البكارة ان كانت، كما تقدم.

---

(١) الظاهر زيادة كلمة قال، او تكون العبارة، قالوا: بان يكونا قريباً الخ.

(٢) والصواب قريبي.

(٣) روايات تبعية لاشرف الابوين

ولو سقط ميّتاً فعليه الارش، ان(١) لم يكن بجنايته، على رأي.

ولو سقط بجناية اجنبيّ ضمن الضّارب دية جنين حرّ للغاصب وضمن الغاصب للمالك دية جنين أمة (الأمة ـ خ).

قوله: ولو سقط ميّتاً فعليه الأرش الخ. يعني لو سقط الولد ميّتاً على أيّ وجه، سواء كان بآفة او بجناية الغاصب، لابجناية الأجنبيّ، فعليه قيمة الولد، وهو المراد بالأرش، وهو هنا قيمة جنين الأمة.

وجهه انّ الظاهر والمتبادر أنّه كان حيّاً اذ يكمل...(٢) البدر اللامعه، فتأمّل هذا فيما اذالم يكن بجنايته امّا اذا كان معه موته...(٣) الضرر والسقوط بعده (بعد ـ خ) يدل على كون الموت بسببه وفيه ايضاً تأمل، لان التضمين بمثل هذه القرائن مشكل ولكن الظاهر من كلامهم عدم الاشكال في وجوب دية الجنين على من سقط بجنايته ولد ميتاً (ميّت ـ خ) ولهذا يقولون هنا ايضاً، ولو سقط بجناية اجنبيّ ضمن الضارب دية جنين حرّ للغاصب، وضمن الغاصب للمالك دية جنين الأمة، والفرق بأنه هنا لما اخذ دية جنين حرّ، فلابدّ ان يعطى جنين الأمة. ويضمن، بخلاف الاوّل ـ لامعنى له لانّ المراد انّ هذا يدلّ على أنّهم لايعتبرون(٤) في مثل هذا الحكم والاصل وعدم(٥) تحقق الحياة ثمّ الموت بالجناية القريبة (للقرنية ـ خ)، وذلك مساو، وهو

---

(١) في بعض النسخ وان لم يكن آه.

(٢) هكذا في بعض النسخ المخطوطة، وفي بعضها، اذا لم يكمل الثدي الآ معه، فتأمّل، وفي النسخة المطبوعة اذ لم يكمل البدا الامعه و على ايّ تقدير في هذا المقام بياض في النسخ ولم يعلم المراد منه.

(٣) وفي بعض النسخ المخطوطة، اما اذا كان معه مقربه الضرر والسقوط بعد يدل على كون الميت بسببه الخ. وفي هذا المقام ايضاً بياض ولم نفهم المراد منه ايضاً فتأمّل.

(٤) لعلّ المراد هو الفرق بين ماذا سقط ميّتاً وماذا اسقطه الجاني، بعدم اعتبار الحياة في الاوّل بخلاف الثاني، فانّ اللازم فيه الدية لفرض الحياة والله العالم.

(٥) لعلّ الواو في قوله (والاصل) زائدة والله العالم.

ولو كانا عالمين بالتحريم حُدّا، والولد رقّ للمولى.
ولو سقط بجناية اجنبيّ فعليه دية جنين أمة للمولى.

ظاهر.

ومعلوم لزوم أرش نقص الولادة على تقدير سقوطه ميّتاً ايضاً، وهو ظاهر لايحتاج الى القول، ولا يمكن حمل الأرش عليه، لعدم الخلاف في ذلك.

ولو حمل على أنّه عليه نقص الولادة فقط دون قيمة الولد على رأي، فهو بعيد لفظاً ومعنى، والاوّل ظاهر، خصوصاً مع قوله: (وان لم يكن بجنايته) فانّه يصير قيداً للنقص، لالعدم لزوم قيمة الولد على الرأي، وهو الظاهر وامّا الثاني فلما تقدم من ضعيف القول بعدم ضمان قيمة الولد، مع القول بتضمين الأجنبيّ له، والغاصب للمالك قيمة الجنين كما صرّح به بعيده، فتأمّل.

قوله: ولو كانا عالمين بالتحريم حدّا، الخ. وجه الحدّ واضح، فيحدّ الحرّ حدّه، والأمة حدّها، والولد رقّ للمولى، لماثبت أنّ ولد الزاني بأمة الغير رقّ.

كأنّ دليلهم اجماع، او رواية، وسيجيء.

ولو كان احدهما عالماً حدّ خاصّة، ولو كان العالم الغاصب الظاهر الولد رقّ ايضاً، لما مرّ، وعدم امكان كونه حرّاً تامّاً تابعاً للأمة الجاهلة، وان سقط الولد المحكوم بكونه رقّاً للمولى ميّتاً بجناية جان، فعلى الجاني قيمة جنين الأمة للمولى.

ويحتمل كون الأب ايضاً ضامناً، فله الرّجوع اليه ايضاً وهو يرجع الى الجاني، كما سبق في الأيدي المتعاقبة.

والظاهر أنّه ان كان بجنايته فكذلك يضمن دية جنين الأمة، لما تقدم من عملهم بالقرينة، كما في الاجنبيّ، فانّه يشعر(١) بعدم الضمان لوكان هو الجاني،

(١) في بعض النسخ المخطوطة هكذا: ولهذا قيّد الاجنبي هنابما يشعر بعدم الضمان، وفي بعضها هكذا، وهذا قيد الاجنبي هنا يشعر بعدم الضمان.

ولو صار العصير خمراً، ثم (عاد ـ خ) خلاً عاد ملك المالك.

وعلى الغاصب الارش، لو نقص.

ولو غصب أرضا فغرسها فالغرس له، وعليه الاجرة والقلع وطمّ الحفر وارش النقص.

ولو جنى المغصوب فقتل ضمن الغاصب، ولو طلب (طلبت ـ خ) الدية ضمن الغاصب الأقلّ قيمته وارش الجناية.

فيدلّ على الفرق، فهو مؤيّد للحمل على النقص، فتأمّل.

قوله: ولو صار العصير خمراً الخ. يعني لو غصب شخص عصيراً، وصار بيد الغاصب خمراً، فهو ضامن للعصير، فانّه أتلفه.

ولو صار بعد ذلك خلا، صار ملكاً للمالك، كما كان حين كونه عصيراً، فكأنّ الخروج كان متزلزلاً غير مستقرّ، كما كان في يده، وحينئذٍ لو كان تفاوتاً(١) بين قيمته عصيراً وخمراً(٢)، يضمن التفاوت، والا يدفع الخلّ، ولا ضمان عليه، واليه اشار بقوله: (وعلى الغاصب الأرش).

قوله: ولو غصب أرضا الخ. وجهه(٣) انّ الغرس للغارس الغاصب، أنّه ملكه، ومايخرج عنه في ارض الغير، وهو ظاهر، وطم(٤) الحفر، وارش النقص لو حصل، كما تقدّم.

قوله: ولو جنى المغصوب فقتل، الخ. أي لو جنى الآدمي (آدمي ـ خ) على المملوك المغصوب، وقتل بجنايته، ضمن الغاصب قيمته، كما لو مات عنده

---

(١) هكذا في جميع النسخ، والصواب، تفاوت.

(٢) هكذا في جميع النسخ، والصواب، خمر.

(٣) الصواب ان يقول: وجه ان الغرس الخ اويقول وجه كون الغرس الخ.

(٤) يعني وعليه طمّ الحفر.

وقول المالك في السلامة، وفي ردّ العبد بعد موته.

قد مضى.

وكأنه يرجح الاوّل بالأصل، وعدم ثبوت كون يد المملوك يد المالك، ولو كان انساناً، للأصل، وعدم الدليل، وكونه وكيلاً معلوم البطلان، وقياسه عليه كذلك.

وبالجملة الظاهر انّ العبد وما في يده تحت تصرّف الغاصب، واذا ثبت غصبيّة العبد، لايقتضي خروج ماعليه، وتحت يد الغاصب، عن يده وملكه وصيرورته غاصباً، فانّ من يدّعي ذلك فعليه الدليل، لاصل العدم او للحكم بالاستصحاب.

قوله: وقول المالك في السّلامة الخ. وجه كون القول قول المالك في كونه سالماً عن العيب والمرض، أنّ الأصل والظاهر والشّائع في الآدمي سلامته عن هذه الأمور، مثل العمى والعرج وأنّهما قد يعرض والأصل عدمه، فالغاصب هو المدّعي والمالك هو المنكر.

فيكون القول قوله، في انّ الرّد كان بعد الموت، ويقال: الأصل عدم العين مثلاً، فكأنّه لذلك تردّد في القواعد، وان جزم بعد ذلك، فتأمّل، ولكن القول قوله في انّ الردّ كان بعد الموت، اذالاصل بقائه عنده، وعدم الردّ الّا في وقت ثبت ذلك باقراره او البيّنة، فيسلّمه اليه قبله، وبدونه دعوى تحتاج الى البيّنة، فالقول قول المنكر.

وأيضاً قد ثبت كونه عنده حيّاً، فلابد له من اثبات ردّه اليه كذلك، فهو مدّع، وصاحبه منكر، فيبعد ان يقال: الأصل بقاء الحيوان الى حين تحققه، فقبله يحكم بحياته وهو يسلّم اليه، او (اذ-خ) يمنع ذلك، لما تقدّم، ولأنّه كان ضامناً، والاصل بقائه حتى يعلم الخروج، والأصل(١) بقاء الحيوان (الحياة-خ) حينئذٍ

(١) هكذا في جميع النسخ، ولعلّ الصواب، واصل بقاء الحيوان.

مع يمينه في التلف والقيمة، على رأي، وعدم اشتماله على صفة يزيد (تزيد ـ خ) بها القيمة، كتعليم (كتعلّم ـ خ) الصنعة وثوب العبد وخاتمه.

صورة البيّنة، بأنّه قد يكون صادقاً، والبيّنة كاذبة، وهو ظاهر.

وايضاً قوله (مع يمينه في القيمة على رأي)(١) لأنّه غارم، ولأنّ المالك مدّع، والاصل عدم الزيادة.

ووجه الآخر أنّه غاصب خائن يؤخذ بأشق الأحوال، فيه مامرّ من كونه غاصباً، فانّ الغاصب محرّم ظلمه، فتأمّل.

ولكن قول الدروس: قوله مستدياً ـ بما اذا لم يدّع بنفسه المؤجل ديناً ـ بما في صحيحة عبدالله(٢) وحينئذٍ يمكن الرّجوع الى ماينبغي ان يكون قيمة للأصل، مع يمين الغاصب، بان لايسوي بأكثر منه.

وكذا القول قوله في عدم وجود صفة مع المغصوب موجبة لزيادة القيمة، لما تقدم، ولعلّه لاخلاف هنا، لعدم افادته للوصف، بخلاف القيمة، فتأمّل.

وكذا القول قوله في الثبوت والحاكم(٣)، هذا واضح، لولم يكن عليه، بل لو كان منسوباً اليه، وانّما هو كان ملبوساً له، وظاهر المتون أنّه المراد، وفيه تأمل، لما مرّ، ولسيد العبد الغصبيّة، لكونه للمالك، لأنّ يده يد المالك(٤)، لأنّه قابل للتملّك والحفظ، فهو بمنزلة الوكيل، بخلاف ماعلى دابته، فانّه ليس للدابّة، وهذا

---

(١) عبارة المتن، مع يمينه في التلف، اوالقيمة على رأي «هو الصواب فان قوله قدّس سرّه لانه غارم دليل تقديم قوله في التلف وقوله ولان المالك مدع الخ دليل تقديم قوله في القيمة.

(٢) هكذا في النسخ والعبارة غير واضحة المراد ولعل الصواب (مستدلاً)، بدل قوله (مستديماً) فكون قوله: بما في صحيحة عبدالله متعلقا به، ولم نعثر الى الآن على هذه الصحيحة فتتبع.

(٣) هكذا في جميع النسخ، والصواب في الثبوت والخاتم كماهما مذكوران في المتن.

(٤) يعني لما كان يد العبد يدالسيّد فغصب العبد غصب لسيده.

ولو نقل المغصوب عن (من ـ خ) بلد الغصب اعاده.
والقول قول الغاصب.

بآفة،وهو من لوازم الغصبيّة، ولولم يقتل، بل أخذت الديّة، ضمن الغاصب أقلّ الأمرين من قيمة المغصوب وارش جنايته، أي قيمة المقتول وما دفع، لأنّه ليس بضامن أكثر من قيمة من ضمنه، فانّه ليس بأكثر من أنّه قتله، فلو كان جنايته أكثر بأن تكون قيمة مقتوله ومادفع(١) المالك أكثر من قيمته،والظاهر(٢) أنّه كذلك، ولو دفع مايوجب الدية وفي كون(٣) الأرش اكثر من قيمته،تأمّل، اذ لم يجز عبدٌ اكثر من قيمته، ومادفع بدل ارش الجناية لكان أظهر، فكأنّه المراد، فتأمّل.

قوله: ولو نقل المغصوب عن بلد الغصب الخ. وجه اعادة الغاصب المغصوب الى بلد الغصب، لو اراد المالك، ظاهر، فان فعله الغصب موجب لذلك.

قوله: والقول قول الغاصب الخ. وجه كون القول قول الغاصب في التلف مع كونه غاصباً غير أمين، أنّه بيده، فهو بمنزلة الأمين، والمالك، وأنّه قد يكون صادقاً، فانّه بتقدير البيّنة فتكليفه تكليف بالمحال.

وأيضاً لولم يقبل منه مايمكن الزامه بالعين، فانّه يقول بالعدم، فكيف يفعل به، ويلزمه (ويلزم ـ خ) حبسه الى يموت، وأنّه ضرر عاجل غير معلوم استلزامه للمطلوب، بل ولااستحقاقه العقوبة، فتأمّل.

ولا يكلف بالبدل، فيأخذ المالك بدله، وان قال بعدم تلف العين، لأنّه يجوز اخذه للحيلولة.

ولا يخفى أنّه لم يرد بعض دليل قبول قوله من لزوم الحبس الدائم،وهو في

---

(١) هكذا في جميع النسخ، ولعلّ الصواب، وما دفع الى المالك.

(٢) هكذا في جميع النسخ، ولعلّ الصواب، فالظاهر.

(٣) وفي النسختين المخطوطتين وينبغي كون الأرش الخ.

ولو باع حال الغصب ثم انتقل اليه طالب المشتري، وسمعت بينته، ان لم يَضُمّ وقت البيع مايدلّ على التملّك.

ولو ادخلت الدابة رأسها في قدر، او دخلت دار غير المالك، ولم

مسلّم، وانّما يثبت المطلوب لو ثبت وصوله (قوله ـ خ) ومثله كذلك(١).

والظاهر عدم الفرق بين ان يكون ماينفعه في وقت الأخذ والتسليم وعدمه، لما تقدم، ويمكن التردّد هنا ايضاً، مثل ماتقدم في العيب، فتأمّل.

قوله: ولو باع حال الغصب الخ. أي لو باع الغاصب المغصوب حال كونه مغصوباً عنده، ثمّ انتقل اليه بالميراث ونحوه، وطالب الغاصب المشتري بالمبيع لعدم صحة البيع، ويدعي انّ المال مغصوباً باقياً على ملك المغصوب منه، فالمبيع لم ينتقل اليه، فلا مانع، وهو ظاهر، لأنّ البيع بحسب الظاهر أعمّ من ان يكون ملكه اولا، وهو لايدلّ على كونه ملكه حتى لايمكنه دعوى غيره، نعم له ايضاً مطالبته بالثمن.

ولو ادّعى الغاصب الغصب حين البيع وانكر المشتري سمعت دعوى الغاصب اذ البيع ليس صريحاً في الملك ،نعم ظاهر في كونه مأذوناً له(٢).

بل انّه ملكه فيما لم تقم بينة بانّه غير مغصوب ،فالاحتمال موجود مع بينة، فلا مانع من سماع دعواه مع البينة.

نعم لو أقرّ بأنّه ماله واشهد البيّنة بذلك فلا تسمع دعواه ولا بينته للتنافي، مع امكان السماع والدعوى الغلط والنسيان وهو بعيد جدّاً، ومع البينة يمكن السّماع، ويتعارضان، والظاهر أنّه بعيد للرّجحان بالظاهر والبيع، فتأمّل.

قوله: ولو ادخلت الدابة رأسها الخ. هذا من احكام مالو دخلت الدابّة

---

(١) في بعض النسخ المخطوطة، مثله كذلك بدون لفظة (واو).

(٢) زاد ـ في النسخة المطبوعة بعد قوله: ماذوناً له ـ بل انّه ملكه حتى لايمكنه دعوى غيره.

يخرج الّا بـالهـدم، او (و ـ خ) الكسـر، فـان فـرّط احدهمـا ضـمـن، وان (فان ـ خ) انتفى التفريط ضمن صاحب الدابة.

رأسها في قدر الغير، والفرض أنّه لايمكن اخراج رأسه الّا بكسر القدر، او دخلت دار الغير ولم يمكن اخراجها الّا بهدم بعض الدّار، في قوله: (بالهدم او الكسر) لف ونشر غير مرتّب فان فرّط احدهما، بان وضع صاحب القدر قدره في الطريق، فادخلت الدابّة رأسها فيه، قبل يمرّ في طرفيها او كان القدر في البيت وترك المالك حفظ الدابة، حتى دخلت الدّار، فادخلت رأسها فيه، فالضمان(١) على المفرّط.

وكذا في الدار، فان كانت الدابة مشرّدة وقصر المالك في حفظها ودخلت الدار فهو ضامن، ان فرط مالك الدار، بان أدخلها في الدار بسبب من نفسه، فهو الضمان(٢)، وان انتفى التفريط فصاحب الدابة ضامن، بالمعنى الذي تقدم، وكذا لاضمان لو كان كليهما مفرطين، وجه الكل ظاهر.

---

(١) جواب لقوله قده: فان فرّط.

(٢) يعني فهو ضامن.

كتاب العطايا



«كتاب العطايا»

(وفيه مقاصد)

الاوّل في الهبة.

قوله: الاوّل في الهبة الخ. اعلم أنّ الظاهر انّ الهبة لها اطلاقان عامّ وخاصّ، مثل الضمان.

الاوّل هو العطية المنجزة الغير المعوضة (الملفوظة-خ) المقتضية تسويغ عموم التصرفات، هكذا مفهوم من ظاهر التذكرة... وفائدة القيود ظاهرة.

والثاني ماتقدم تقييده بعدم حمل الموهوب من مكان الى آخر للموهوب له اعظاماً له وتوقيراً(١) ولم يكن فيه التقرب الى الله تعالى معاً للمحتاج، فان كان قيد الاوّل فهو هدية، هكذا يفهم من التذكرة وكذا يمكن ان يقال ينبغي ان يقيّد بعدم اعتبار بعضهم للموهوب قيد به فقط، فهو هدية، اذ قد توجد الهدية من غير نقل عند الاصحاب، بخلاف بعض العامّة.

قال في التذكرة: واختلف اصحاب الشافعي في أنه هل يعتبر في حدّ الهديّة ان يكون بين المهدي والمهدى اليه رسول ويتوسط على وجهين فيما لو حلف ان لايهدي اليه فوهب منه خاتماً وشبهه يداً بيد، هل يحنث؟ المشهور عندهم ان

---

(١) في النسخة المطبوعة، اعطاء ماله وتوفيراً، وفي النسخة المخطوطة، اعطائه ماله وتوفيراً، والصواب ما اثبتناه كما في التذكرة.

....

(أنه ـ خ) لايعتبر، مع أنّه ينتظم ان يقال لمن حضر عنده، هذه هديتي اهديتها اليك مع انتفاء الرسول والمتوسط فيه.

والظاهر أنّه لا حل هنا، وأنّه يقول بوجود الهدية حينئذٍ، وهو ظاهر، فقوّى في التذكرة ماصارت الهبة من الهديّة بالنقل والتحويل من موضع الى موضع، ومنه اهداء الفراش الى الحرم، ولهذا لايدخل لفظ الهدية في العقارات وما اشبهها من الامور الممتنع نقلها، فلا يقال: أهدى اليه داراً ولا عقاراً ولا أرضا وانّما يقال: وهبه أرضا وعقاراً وداراً، ويدخل أيضاً في المنقولات، وصار بهذا الاعتبار أعم من الهديّة والصدقة، فانّ كل هديّة وصدقة هبة، ولا ينعكس، ولهذا لو حلف ان لايهب فتصدّق حنث وبالعكس لايحنث.

محلّ التأمّل اذ الظاهر اعتبار النقل في الهديّة جزماً، فلا يكون ايضاً عطية الخاتم(١) أيضاً (حينئذٍ ـ خ) هدية.

وايضاً لعلّ حَذَفَ قبل قوله (والصدقة) شيئاً، وما يعتبر في الصدقة، فتأمّل، فان قيل بالثاني فهو مصدّق، وينبغي ان لايقيّد بكون المتصدّق عليه فقيراً لجواز التصدق على غير المحتاج، واليه أفضل، وهو ظاهر ومنصوص.

بين المعنيين عموم وخصوص مطلق، وكذا بين المعنى الأوّل والهدية والصدقة، فلو حلف على الخاص لم يبرأ بكل فرد من العام بل بعضه الخاص، بخلاف العكس، وهو ظاهر.

وبين المعنى الثاني وبين كل واحد من الهدية والصدّقة، وكذا بينهما تباين، ولكن النسبة بينهما غير صريح.

ويحتمل العموم من وجه، وسيجيئ، فلو حلف او نذر احدهما لم يبرأ

---

(١) في النسخة المطبوعة وبعض النسخ المخطوطة، هدية بدل عطية.

....

بالآخر، وهو ايضاً ظاهر.

فعنى قوله في التذكرة (اعمّ) الخ يريد به المعنى الأوّل، وان كانت عبارته لاتخلوعن شيء، فارجع، فتأمّل.

ثمّ قال: وقد ورد في الكتاب العزيز والسّنة والاحاديث مايدل على استحباب الثلاثة والترغيب فيها(١) وذكرآية التحية(٢) وقال: قيل: المرادمنه الهبة.

وفيه بعد، لأنّ التفسر المشهور، السّلام، وبهذا استدلّ على وجوب ردّه بأحسن او المثل كما هومذكور في التفاسير(٣).

وايضاً يبعد حمل قوله اوردّوا الهبة، على ردّ المثل.

وايضاً ظاهرها حينئذٍ وجوب ردّ الهبة، وحمل الامر على الاستحباب مجاز.

ثم انّ المتعارف(٤) وفيها ايضاً تأمل اذ مايظهر بعد كونه برّاً.

وايضاً ظاهرها أنّه كل من فعل(٥) برّاً فعاونوه فيه، لا أنّه فعل البرّ، ثم ذكر أنّه البرّ نعم ورود الآيات الدالة على الاتفاق والتصدق كثير جدّاً(٦) حتّى عدّت في البقرة أكثر من عشرين(٧)، وذكر (ذكرت ـ خ) بعضها في مجمع احكام

---

(١) راجع الوسائل: ابواب الصدقة ج٦ ص٢٥٥ وص٢٩٦ وص٣٢١.

(٢) النساء: ٨٦ قال الله تعالى: واذا حيّيتم بتحية فحيوا بأحسن منها الآية.

(٣) قال الطبرسي قدّس سرّه امر الله تعالى بردّ السلام على المسلم باحسن ممّا سلم وهو ان يقول: وعليكم السلام ورحمة الله، اذقال: السلام عليكم، وان يزيد، وبركاته، اذا قال: السلام عليكم ورحمة الله (جوامع الجامع ص٩٢).

(٤) في جميع النسخ بياض في هذا المقام.

(٥) وفي النسخة المطبوعة كل من فعل برافعها، ولعله كان: كل من فعل برّاً نفعها والله العالم.

(٦) راجع الوسائل ج٦ ابواب الصدقة ٢٥٥ والباب ٦ و ٧ من ابواب الصدقة ج٦ ص٢٦٣ وغيرها من الابواب.

(٧) لاحظ سورة البقرة ٣ - ٦٤ - ١٩٥ - ٢١٥ - ٢١٩ - ٢٥٤ - ٢٦١ - ٢٦٢ - ٢٦٥ - ٢٦٧ - ٢٧٠ - ←

....

القرآن، وهو ممّا لايحتاج الى ذكر الدليل عليه والاخبار على ذلك كثيرة جداً وأنّه مجمع عليه، فدليله كتاب وسنة واجماع.

ويظهر أن الهبة المقرونة (المفروضة ـ خ) بالقربة على الوجه المعتبر في النيّات موجبة للثّواب، بحيث قالوا باستحبابها (باستحبابهما ـ خ) ووجود الأدلّة الدالة عليه من الكتاب والسنة والاجماع، مع تقييدها بعدم اعتبار القربة حيث اعتبر في التصدق مع كونه أخص او منافياً لها (لهما ـ خ)، فعلم عدم احتياجهما الى النيّة، وعدم توقف الثواب مطلقا الى النيّة، ويؤيّده حصوله بالنكاح وردّ الوديعة وغير ذلك مع كونه مثاباً بذلك، لأنّه امّا واجب او مستحب، وكلاهما موجب له، وظاهر عدم اعتبار الشرط في العبادات.

ويؤيده ايضاً جعلهم ايّاهما من اقسام العقود دون العبادات.

وبالجملة، حصول الثواب غير مشروط بالنية المعتبرة عندهم في العبادات الّا فيها، وهذا يدلّ على عدم الاعتداد بالنيّة على الوجه المذكور المقرّر عندهم، اذ يبعد حصول الثواب بلانيّة مع ظهور انّ الآية والخبر والاجماع اعتبار النيّة، ومعلوم عدم اعتبارهم على الوجه المذكور هنا، كما مرّ، وحينئذٍ لابد من اعتبارها في الجملة، وهو كونه فاعلاً لامر الله به واداء واجبه او مرغوبه، لا للرّياء ونحوه، ويكفي حصول ذلك في الجملة، وان لم يكن حال الفعل مخطوراً بالبال، ولهذا يصحّ السلام وردّه وتسمية العاطس وقضاء الحوائج وادخال السرور وغيرها ممّا لايحصى على المؤمن والتصافح وغير ذلك من الاطعام.

والثالث يحصل بها الثواب العظيم من غير شرطيّة النيّة، على ماذكروه على الظاهر، وبالجملة هذا ظنّي، ولم يغن من الجوع.

---

٢٧٢ ـ ٢٧٤ ـ لي غير ذلك.

....

ثم ذكر(١) الأخبار الكثيرة من العامّة والخاصّة الدالّة على الهديّة مثل ماروي عن أمير المؤمنين عليه السّلام، لان أهديْ اليّ اخ (لأخي-خ) مسلم هدية لنفعه (تنفعه-خ) (فتنفعه-خ) أحبّ اليّ من ان تصدّق بمثلها(٢).

هذه تدلّ على مغايرة الهدية للتصدق وكونها أفضل منه.

ومن طريق العامة وقال عليه السّلام: تهادوافان الهدية تذهب الضغائن(٣).

ويدل على استحباب الهدية الى بضاعته، ويجوز له القبول والتصرف فيه.

ومن طريق الخاصة عن الصادق عليه السّلام، تهادوا تهابوا(٤).

وعن رسول الله صلّى الله عليه وآله أنه قال: لو دعيت الى كراع لأجبت ولو اهدي اليّ كراع لقبلت(٥).

وهما من طريق العامّة، ويدل على استحباب قبولها، ويدلّ عليه غيرها.

وقال عليه السّلام عد من لايعودك واهد الى من لايهدي لك(٦).

وهذه تدل على كمال الاعتبار، واستحباب الملائمة وحسن الخلق.

وقال الصادق عليه السّلام: الهدية ثلاثة هديّة مكافاة، وهدية مصانعة وهدية لله عزّوجلّ(٧).

---

(١) يعني العلاّمة في التذكرة: ج١ ص ٤١٥.

(٢) الوسائل الباب ٨٨ من ابواب مايكتسب به الرواية٤. وفيه لأن اهدى لأخي المسلم هدية تنفعه الخ ج١٢ ص٢١٣.

(٣) الوسائل الباب ٨٨ حديث ٥-٦-١٨ من ابواب مايكتسب به ج١٢ ص٢١٣-٢١٤ ومن طريق الخاصه مايقرب بهذا المضمون راجع الوسائل الباب٨٨ من ابواب مايكتسب به الرواية٥.

(٤) الوسائل الباب ٨٨ من ابواب مايكتسب به الرواية ٥ و ١٠.

(٥) الوسائل الباب ٨٨ من ابواب مايكتسب به الرواية ١٣.

(٦) الوسائل الباب ٨٨ من ابواب مايكتسب به الرواية ١٦.

(٧) الوسائل الباب ٨٨ من ابواب مايكتسب به الرواية ١.

....

وهذه تدل على عدم التقرب في الهدية مطلقا ، ولا منافاة بينهما وبين التصدّق، وهذا مااعتبر عدم هديّة احدهما الى الآخر صريحاً، ويمكن المنافات باعتبار التعظيم وعدمه فتأمّل.

ثم قال: وقد اجمع المسلمون كافّة على استحبابها أي الثلاثة على الظاهر.

ثم قال: الهبة هي العقد المقتضي تمليك العين من غير عوض تمليكاً منجزاً مجرداً عن القربة.

وهذا صريح فيما تقدم أي الاستحباب مع عدم اعتبار النيّة فافهم.

ثم قال: فقولنا: العقد جنس بعيد شامل لجميع العقود، وقولنا: المقتضي تمليك العين يخرج منه الاجارة والعارية، فان الاجارة تقتضي تمليك المنافع لا تمليك العين (تمليكها-خ) والعارية تقتضي اباحة المنافع لا تمليك العين وقولنا من غير عوض يخرج عنه البيع، فانه يقتضي تمليك العين لكن مع العوض، ويزيد (ويريد-خ) انّ العوض لايكون لازماً، لانتفاء المعوض (العوض-خ) ليدخل في الهبة المعوضة عنها والتنجيز لا تمام الحدود، والتجرّد عن القربة لتخرج الصدقة(١).

وانت تعلم أنّه يدلّ على كون الهبة لابدّ ان تكون عقداً، فلابدّ له من ايجاب وقبول، كما سيصرّح، وأنّ ماذكره يقتضي كون العقد أعمّ لا جنس بعيد، وأنّ اخراج الصدقة -مع جعلها قسماً من الهبة فيما سبق- غير مناسب، فكأنّه يريد الأخصّ، ولكن كان ينبغي اخراج الهدية ايضاً، فكأنّ الهبة أعم من الهدية، فلعلّ هذا معنى ثالث للهبة، وانّ هذا هو الثاني، وليس ماذكرنا أنّه اطلاق خاصّ ثانياً ولا اطلاقاً، اذ ليس بصريح عدم (عدمه-خ) كلامهم، نعم كان يتراءىٰ من ظاهر

---

(١) عبارة التذكرة هكذا: ويزيد ان العوض لايكون لازماً لانتفاء العوض ليدخل في الحدّ الهبة المعوض عنها، والتنجيز لا تمام الحد الخ راجع التذكرة: ج٢ ص٤١٥.

ولابد فيها من ايجاب، مثل وهبتك وملكّتك وكل لفظ يقصد

التذكرة وغيره، والأمر في ذلك هيّن.

ويحتمل ان يقال: المنجزة لاخراج الوصيّة، اذ قد يكون عقداً، ويقال انّها عقد، فتأمّل.

واعلم أن الصدقة ايضاً لها اطلاقان عام وخاصّ، والعام هو الاعطاء لله عزّوجلّ، فيدخل الزكاة الواجبة والمندوبة والوقف والابراء وغيرها فيها، والخاصّة هو الاعطاء المتبرّع بها عن غير نصاب، قاله في الدروس، بل هي ايضاً عقد يقتضي ذلك، بناء على تقسيم الهدية بالمعنى الاعم اليها مع كونها عقداً، فلابد له ايضاً من ايجاب وقبول، بناء على كونه داخلاً في جنس هذا التعريف، وخارجاً بالقيد الأخير.

ولكن الظاهر انّه لايشترط فيه الايجاب والقبول، بل لايحتاج الى لفظ، ويكفي النيّة، فانه عبادة وقربة، كما في الزكاة وغيرها بالجملة، وان قيل باعتبارهما فيما لايقول احد باعتبارهما في كلّ افرادها حتى الزكاة الواجبة والمستحبة، نعم يعتبر في بعض افرادها مثل الوقف فتأمّل.

ثمّ اعلم أنّ ظاهر كلامهم الاتّفاق وعدم الخلاف في أنّ الهبة عقد لازم وأنّه لابد فيها من ايجاب وقبول لفظيّين عربيّين، والمقارنة وسائر مايشترط في العقود اللازمة.

قال في التذكرة: الهبة عقد يفتقر الى الايجاب والقبول باللفظ، كالبيع وسائر التمليكات(١) وأمّا الهدية فذهب قوم من العامّة الى أنّه لاحاجة فيها الى الايجاب والقبول اللفظين الخ.

ثم قال: الايجاب هنا كلّ لفظ يقصد به تمليك العين بغير عوض، ولفظ

---

(١) هكذا في التذكرة، وفي جميع النسخ التملكات.

به التمليك ، وقبول صادرين عن أهلهما.

وشرطها القبض باذن الواهب، فلو مات احدهما قبله بطلت، ويكفي القبض السابق، وقبض الأب والجدّ عن الطفل، ويسقط لو وهباه مالهما، وتعيين الموهوب، وان كان مشاعاً، ولو وهب الدين لمن (هو-خ) عليه فهو ابراء، ولا يفتقر الى القبول، ولو وهبه لغيره لم يصح ومع الاقباض لايصحّ الرجوع ان كانت لذي رحم، (الرّحم-خ) والاّ جاز، مالم يتصرّف المتهب او يعوض او يتلف العين، وفي الزوجين خلاف، وهل ينزل موت المتهب منزلة التصرّف (فيه-خ) اشكال، ويحكم بالانتقال بعد القبض، وان تأخّر، فالنّماء المنفصل قبله للواهب، ولو رجع بعد العيب فلا ارش، والزيادة المتصلة للواهب، والمنفصلة للمتّهب ويستحب (تستجيب-خ) العطية لذي الرّحم، ويتأكّد في العمودين، والتسوية فيها.

ولو باع بعد الاقباض للأجنبي صحّ، على رأي، ولو كانت فاسدة صحّ اجماعاً وكذا لو باع مال مورثه معتقداً بقائه.

ولو أنكر الاقباض قدّم قوله ،وان اعترف بالتمليك ،مع الاشتباه.

الصرّيح فيه وهبتك واهديت لك ، واعطيتك ، وهذا لابدّ فيه من لفظ صريح، ولا يكفي الكنايات فيه كالبيع، عملاً بالاستصحاب، والقبول كل لفظ يدلّ على الرّضا بالتمليك ، كقوله: قبلت ورضيت ومايشابهه (ماشابهه-خ) ولابدّ من ان يكون العقد منجزاً، فلو علّقه على شرط لم يصحّ، كالبيع ، ويجب(١) ان يكون القبول

---

(١) هكذا في التذكرة، وفي جميع النسخ، ولا يجب، والصّواب مافي التذكرة.

....

عقيب الايجاب، فلا يجوز التأخير عنه، بل يعتبر التواصل، كما في البيع، وليتمّ القبول جواباً لذلك الايجاب الخ(١).

وقال في القواعد: ولابدّ فيه من ايجاب وقبول، اذ لايكفي فيه المعاطاة والافعال الدالة على الايجاب، نعم يباح التصرف، والهدية كالهبة في الايجاب والقبول، ولايصحّ تعليق العقد ولا موجبه ولا تأخير القبول عن الايجاب بحيث يخرج عن كونه جواباً.

وقال في الشرائع: وهى تفتقر الى الايجاب والقبول، وقال في شرحه اعتبر فيها مايعتبر في العقود اللازمة من الايجاب والقبول القوليّين العربيّين وجوابه القبول للايجاب، بحيث يعدّ جواباً الخ.

وبالجملة صريح كلامهم ذلك، ولعلّ دليلهم الاجماع مستنداً الى اصل بقاء المال على ملك المالك(٢).

---

(١) التذكرة، ج٢ ص ٤١٥.

(٢) في النسخة المطبوعة الى اصل بقاء المال على تلك.

تمّ الجزء العاشر من كتاب «مجمع الفائدة والبرهان»
في شرح إرشاد الأذهان
حسب تجزئتنا
والحمد لله أوّلاً وآخراً وصلّى الله على محمّد وآله الطاهرين
في شعبان المعظّم ١٤١١
من الهجرة النبويّة على مهاجرها آلاف الثناء والتحيّة

الحاج آغا مجتبى العراقي الحاج الشيخ علي پناه الاشتهاردي
الحاج آغا حسين اليزديّ الاصفهاني
عفا الله عنهم
بحقّ النبيّ وآله ائمّتهم صلوات الله عليهم
آمين


مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

فهرس ما في هذا الجزء

كتاب الاجارة

المقصد الأول
في الإجارة

الثاني: في الأحكام

***

المقصد الثاني
في المزارعة والمساقاة

وفيه مطلبان:

الأول: في المزارعة

الثاني: في المساقاة

١ ـ في الأركان

٢ ـ في الأحكام

المقصد الثالث
في الجعالة

المقصد الرابع
في السبقة والرماية

المقصد الخامس
في الشركة

المقصد السادس
في المضاربة

المقصد السابع
في الوديعة

المقصد الثامن
في العارية

المقصد التاسع
في اللقطة

وفيه مطلبان:

الأول: المحلّ الملقوط

الثاني: في الأحكام

المقصد العاشر
في الغصب

وفيه مطلبان:

الأول: أسباب الضمان

الثاني: في الأحكام

***

كتاب العطايا

